



PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85755>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten

Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM

P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort

**Radboud Universiteit Nijmegen
Vaksectie Straf(proces)recht
Onderzoekscentrum voor Staat en Recht (SteR)**

1 december 2010

*Nederlandse antiterrorismeregelgeving getoetst aan fundamentele rechten
Een analyse met meer bijzonder aandacht voor het EVRM*

P.H.P.H.M.C. van Kempen & J. Van de Voort

Nijmegen, 1 december 2010

Radboud Universiteit Nijmegen
Vaksectie Straf(proces)recht
Onderzoekscentrum voor Staat en Recht (SteR)

Opdrachtgevers: Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding (NCTb) /
Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC)

© WODC, 2010

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteurs.

No part of this publication may be reproduced in any form by print, photoprint or other means without written permission from the authors.

Voorwoord

Met het oog op een door de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding (NCTb) uit te voeren evaluatie van antiterrorismemaatregelen, heeft deze het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) verzocht een externe partij aan te trekken om onderzoek te doen naar de verhouding tussen fundamentele rechten en de Nederlandse antiterrorismewetgeving. Daarop heeft het WODC de vaksectie Straf- en Strafprocesrecht/het Onderzoekscentrum voor Staat en Recht (SteR) van de Radboud Universiteit Nijmegen aangezocht om dit onderzoek uit te voeren. Voorliggende, door ons tot stand gebrachte publicatie is daarvan het resultaat.

Wij danken alle leden van de ten behoeve van het onderzoek ingestelde begeleidingscommissie voor hun constructieve bijdrage, enthousiasme en steeds tijdige respons op door ons aangeleverde stukken. De begeleidingscommissie bestond uit mw. prof. dr. mr. T.N.B.M. Spronken (voorzitter), drs. M. Kowalski, prof. dr. mr. M. Kuijer, mr. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, en drs. C.S. van Nassau (opdrachtgever WODC).

Het onderzoek had een looptijd van exact drie maanden. Het ving aan op 1 september 2010 en is afgesloten op 1 december 2010.

Nijmegen, 1 december 2010

prof. dr. mr. P.H.P.H.M.C. van Kempen
mw. J. Van de Voort

Piet Hein van Kempen is hoogleraar straf- en strafprocesrecht, alsmede hoogleraar rechten van de mens, aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

Juliet Van de Voort is medewerker straf- en strafprocesrecht aan dezelfde universiteit.

Inhoudsopgave

1	Inleiding	1
2	Inhoud, reikwijdte en methodologie van het onderzoek	3
3	Materieel strafrechtelijke antiterrorisme regelgeving	9
3.1	<i>Wet terroristische misdrijven (2004)</i>	9
a.	Inhoud en strekking van de wet	9
b.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter	10
c.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties	11
d.	Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM	12
e.	Conclusies over de Wet terroristische misdrijven	21
3.2	<i>Wet training voor terrorisme (2009)</i>	23
a.	Inhoud en strekking van de wet	23
b.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter	24
c.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties	24
d.	Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM	24
e.	Conclusies over de Wet training voor terrorisme	35
4	Strafprocesrechtelijke antiterrorisme regelgeving	39
4.1	<i>Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven (2006)</i>	39
a.	Inhoud en strekking van de wet	39
b.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter	40
c.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties	40
d.	Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM	42
e.	Conclusies over de Wet opsporing en vervolging terroristisch misdrijven	65
4.2	<i>Wet afgeschermdde getuigen (2006)</i>	68
a.	Inhoud en strekking van de wet	68
b.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter	70
c.	Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties	71
d.	Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM	72
e.	Conclusies over de Wet afgeschermdde getuigen	82
5	Bestuursrechtelijke antiterrorisme maatregelen	85
5.1	<i>Voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid</i>	85
a.	Inhoud en strekking van het wetsvoorstel	85
b.	Toetsing wetsvoorstel aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter	86
c.	Toetsing wetsvoorstel aan fundamentele rechten door internationale instanties	86
d.	Beoordeling wetsvoorstel in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM	88

e.	Conclusies over de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid	102
5.2	<i>Persoonsgericht verstoren (2004)</i>	105
a.	Inhoud en strekking van de maatregel	105
b.	Toetsing maatregel aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter	108
c.	Toetsing maatregel aan fundamentele rechten door internationale instanties	110
d.	Beoordeling maatregel in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM	112
e.	Conclusies over persoonsgericht verstoren.....	116
6	Samenvatting en conclusies	119
7	Summary and conclusions	125
8	Lijst van jurisprudentie	131
9	Lijst van literatuur	137

1 Inleiding

Het afgelopen decennium heeft Nederland in de strijd tegen terrorisme binnen vooral het materiële strafrecht, strafprocesrecht en bestuursrecht behoorlijk wat nieuwe wetgeving en andere nieuwe maatregelen ingevoerd. Deze vernieuwingen reiken zich ondertussen niet alleen uit over de verschillende rechtsgebieden, maar variëren ook wat betreft herkomst: sommige vernieuwingen strekken tot implementatie van internationale regelgeving afkomstig van de Verenigde Naties, de Raad van Europa en de Europese Unie, terwijl andere geheel of in elk geval primair nationaal zijn geïnspireerd.

Gelet op onder meer de heterogeniteit van vernieuwingen en de uiteenlopende aard van de vragen die daarbij spelen, recommandeert de Commissie evaluatie antiterrorismebeleid (Commissie-Suyver) in haar rapport om tot een “integrale evaluatie” van het samenstel van antiterrorismemaatregelen te komen, waarbij er aandacht dient te zijn voor samenhang, effectiviteit en legitimiteit van de maatregelen.¹ In relatie tot de evaluatie van die legitimiteit beveelt de Commissie aan “in evaluatieonderzoek aandacht te besteden aan de conformiteit van de betreffende antiterrorismemaatregelen met fundamentele rechten en beginselen.”²

Deze aanbeveling is door de regering overgenomen. Inmiddels heeft de regering ten aanzien van de evaluatie onder meer aan de Kamer toegezegd om in de evaluatie ruim aandacht te besteden aan “het actuele juridische kader waarbinnen het contra-terrorismebeleid wordt uitgevoerd” en om “een systematische analyse” uit te voeren van de meest actuele jurisprudentie in het algemeen en van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in het bijzonder, tegen de achtergrond van de conclusie van de Commissie Suyver dat de rechtspraak niet stilstaat.³ Het voorliggende onderzoek, dat zich zoals aanstonds zal blijken overigens niet beperkt tot de fundamentele rechten uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en de Protocollen daarbij, beoogt in deze systematische analyse te voorzien.

¹ Commissie evaluatie antiterrorismebeleid, *Naar een integrale evaluatie van antiterrorismemaatregelen*, Rapport, mei 2009, p. 86-88.

² Idem, p. 72 en 90.

³ *Kamerstukken II* 2009-2010, 29 754, 180, p. 3 (Brief van de ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties).

2 Inhoud, reikwijdte en methodologie van het onderzoek

De besproken maatregelen

Het voorliggende onderzoek betreft een toetsing van antiterrorisme regelgeving en andere maatregelen die vanaf 2001 zijn ingevoerd in Nederland. Gelet op de aanzienlijke hoeveelheid antiterrorismemaatregelen die Nederland het afgelopen decennium tot stand bracht, is het hier echter niet mogelijk om deze alle in het onderzoek te betrekken.⁴ Wij zullen ingaan op in totaal zes vernieuwingen: de vier wetten die de Commissie-Suyver uitdrukkelijk in relatie tot fundamentele rechten noemt⁵ en een wet en een bestuursrechtelijke maatregel ten aanzien waarvan in de literatuur serieuze kanttekeningen vanuit fundamentele rechten zijn gemaakt of die wij zelf in dit opzicht extra relevantie toekennen.⁶ Hiermee menen wij dat de vanuit fundamentele rechten bezien belangrijkste maatregelen in elk geval aan de orde komen in dit onderzoek. Wat betreft het materiële strafrecht is er aldus aandacht voor de *Wet terroristische misdrijven*⁷ en de *Wet training voor terrorisme*⁸. De strafprocesrechtelijke vernieuwingen ter bestrijding van terrorisme die aan de orde komen zijn de *Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven*⁹ en de *Wet afgeschermdde getuigen*.¹⁰ Tot slot zijn de volgende bestuursrechtelijke antiterrorisme maatregelen in de analyse betrokken: de voorstel-*Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid*¹¹ en de maatregel van *persoonsgericht verstoren* oftewel persoonsgerichte aanpak.

Hoofdvraag

Dit onderzoek is juridisch van aard. De hoofdonderzoeksvraag ten aanzien van elk van de zojuist genoemde maatregelen is of deze in overeenstemming is met de inhoud en strekking van de fundamentele mensenrechten. Ter beantwoording van deze vraag zal steeds eerst een beschrijving volgen van de inhoud en werking van de maatregel alsmede van het doel ervan. In het verlengde daarvan komen er verscheidene deelinvallshoeken naar voren.

⁴ Zie voor een overzicht van de belangrijkste wetgeving Commissie evaluatie antiterrorismebeleid, *Naar een integrale evaluatie van antiterrorismemaatregelen*, Rapport, mei 2009, bijlage 4 (p. 104-113). Zie ook W. Koopstra & P. Ende, *Wettelijk kader terrorisme bestrijding*, Sdu: Den Haag 2007, en N.J.M. Kwakman, *Terrorismebestrijding (Studiepockets Strafrecht)*, Kluwer: Deventer, 2010. Een belangrijk deel van deze maatregelen is overigens niet *alleen* met het oog op terrorismebestrijding ingevoerd. Meestal zijn de maatregelen eveneens bruikbaar in het reguliere strafprocesrecht.

⁵ Commissie evaluatie antiterrorismebeleid, *a.w.*, bijlage 5 (p. 114-117).

⁶ Om die keuze op grond van de literatuur te kunnen maken is er naar gestreefd alle Nederlandse juridische literatuur te bezien waarin antiterrorisme maatregelen werden besproken. Omdat het hierbij om honderden publicaties gaat wordt hierna in beginsel alleen verwezen naar literatuur die enige wezenlijke bijdrage levert aan de toetsing van die maatregelen aan fundamentele rechten.

⁷ *Stb.* 2004, 290. Inwerkingtreding: 10 augustus 2004 (*Stb.* 2004, 373). *Kamerstukken* 28 463.

⁸ *Stb.* 2009, 245. Inwerkingtreding van onderdelen die op terrorisme zien: 1 april 2010 (*Stb.* 2010, 139). *Kamerstukken* 31 386.

⁹ *Stb.* 2006, 580. Inwerkingtreding: 1 februari 2007 (*Stb.* 2006, 731). *Kamerstukken* 30 164.

¹⁰ *Stb.* 2006, 460. Inwerkingtreding: 1 november 2006 (*Stb.* 2006, 461). *Kamerstukken* 29 743.

¹¹ Bij de Tweede Kamer ingediend op 16 mei 2006 en bij de Eerste Kamer op 20 maart 2007. *Kamerstukken* 30 566.

Eerste deelinvashoek: toetsing antiterrorismemaatregelen door Nederlandse rechter

Allereerst wordt steeds gezien of de desbetreffende maatregel of de toepassing ervan door de Nederlandse rechter in een concrete zaak aan fundamentele rechten is getoetst en zo ja, aan welke fundamentele rechten, en wat daarvan de uitkomst was. Behalve om de rechten en vrijheden uit het EVRM en de Protocollen daarbij, zou het hierbij bijvoorbeeld ook kunnen gaan om rechten uit de Nederlandse Grondwet en om rechten en vrijheden uit de VN-mensenrechtenverdragen. Voor dit jurisprudentieonderzoek is primair gebruik gemaakt van de LNJ-databank en voorts van de reguliere jurisprudentietijdschriften.

Tweede deelinvashoek: toetsing antiterrorismemaatregelen door internationale instanties

Vervolgens wordt uiteengezet of de desbetreffende maatregel door internationale instanties aan fundamentele rechten is getoetst. Voor zover dat het geval is komt aan de orde op welk onderdeel de maatregel of de toepassing ervan is getoetst, om welke fundamentele rechten het daarbij ging en wat het oordeel van de instantie over de maatregel of de toepassing ervan was.

Wat betreft de mensenrechteninstanties van de Raad van Europa is daartoe ten eerste naar de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gekeken. Verder is gezien of de Commissaris voor de Rechten van de Mens zich over de maatregel heeft uitgelaten in zijn rapporten. Voorts zijn ook de mensenrechteninstanties uit de Verenigde Naties (VN) die zich mogelijk over de Nederlandse antiterrorismemaatregelen hebben uitgelaten in het onderzoek betrokken. Zo komt het rapport van Nederland voor de Universal Periodic Review (UPR) van de VN Mensenrechtenraad (UN Human Rights Council; een politiek toezichtsorgaan) en de reactie daarop vanuit de Raad hieronder aan de orde. Voorts is ook met betrekking tot de VN-verdragscomités (deskundigen toezichtsorganen) nagegaan of deze de in dit onderzoek besproken Nederlandse antiterrorismemaatregelen hebben getoetst of aan de orde gesteld. Aldus is met betrekking tot die comités gekeken naar de op Nederland betrekking hebbende jurisprudentie alsmede naar alle Nederlandse statenrapporten, “lists of issues”, “replies to lists of issues”, “summary records”, “concluding observations”, “follow-ups” inzake statenrapporten en inzake jurisprudentie die zijn verschenen na 2001. De VN-comités waar het om gaat zijn het VN Comité voor de Mensenrechten (Human Rights Committee, HRC/tee/CCPR) dat toeziet op het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), en voorts het Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (Committee on Economic, Social and Cultural Rights, CESCR), het Comité voor de Eliminatie van Raciale Discriminatie (Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD), het Comité voor de Eliminatie van Discriminatie tegen Vrouwen (Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, CEDAW), het Comité tegen Foltering (Committee Against Torture, CAT) en het Comité voor de Rechten van het Kind (Committee on the Rights of the Child, CRC).

Rapporten, resoluties, aanbevelingen, commentaren en andere documenten van instellingen van de Raad van Europa of van VN-mensenrechteninstanties die op terrorisme

zien maar geen specifieke beoordeling bevatten van de hier besproken Nederlandse antiterrorismemaatregelen, blijven buiten beschouwing.

Derde deelinvashoek: analyse antiterrorismemaatregelen vanuit jurisprudentie EHRM

Ten slotte zijn alle antiterrorismemaatregelen die in dit onderzoek centraal staan nader geanalyseerd aan de hand van beslissingen en uitspraken van het EHRM die niet rechtstreeks betrekking hebben op de desbetreffende wet of andersoortige maatregel, maar wel relevant zijn voor de vraag of deze zelf, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de rechten en vrijheden uit het EVRM en de Protocolen daarbij. Voor de selectie van de rechten uit het EVRM en de Protocolen daarbij waaraan wij de desbetreffende maatregel in de analyse toetsen, slaan wij acht op de probleempunten die tijdens de parlementaire behandeling en in de literatuur zijn opgeworpen alsmede op onze eigen inzichten daarover. Bij de desbetreffende maatregel wordt de keuze toegelicht. Hierbij gaat het overigens steeds om mogelijke mensenrechteninbreuken die voortvloeien uit de inhoud of de aard van de desbetreffende maatregel of de toepassing daarvan. Dit betekent dat de analyse relevant is voor zowel de wetgever, de uitvoerende macht als de rechtspraak, daar deze alle bij de invoering en uitvoering van antiterrorismemaatregelen betrokken zijn of kunnen zijn. De analyse vindt daarom plaats vanuit het perspectief van de fundamentele rechten en niet specifiek vanuit een bepaalde bij antiterrorismemaatregelen betrokken overheidsautoriteit.

De reden voor deze aanvullende beschouwing is dat een beperking van het onderzoek tot bovengenoemde invalshoeken een zeer onvolledig en beperkt uitgewerkt beeld geeft van de houdbaarheid van de maatregelen in het licht van de fundamentele rechten. Daarbij is er een aantal redenen om de aanvullende analyse op grond van de jurisprudentie van het EHRM uit te voeren en daartoe ook te beperken. Ten eerste telt dat alle antiterrorisme maatregelen die in Nederland gelden of toepassing vinden aan de bepalingen uit het EVRM kunnen worden getoetst (zie artikel 94 Gw), terwijl hetzelfde vanwege het toetsingsverbod niet opgaat voor de rechten uit de Grondwet (zie artikel 120 Gw). Ook is van belang dat het EHRM meer dan welke andere voor Nederland relevante nationale of internationale instantie een zeer gedetailleerde jurisprudentie over fundamentele rechten heeft opgebouwd. Anders dan de oordelen van de VN-comités is die jurisprudentie bovendien bindend voor de Nederlandse autoriteiten. Dat geldt niet alleen voor zover beslissingen of uitspraken van het Hof direct op Nederland betrekking hebben (zie artikel 46 EVRM), dat is in beginsel evenzeer – zij het indirect – het geval voor zover een Nederlandse situatie binnen de reikwijdte ligt van jurisprudentie die op andere staten ziet. Daartoe is van belang dat het niet mogelijk is om in strijd met een beslissing of uitspraak van het Hof te handelen – althans voor zover die een rechtsvindende uitleg aan het verdrag geeft – zonder tegelijk het verdrag te schenden. Aldus deelt de beslissing of uitspraak (als

kenbron van het verdrag) in de bindende kracht die het verdrag (de bron) toekomt ingevolge artikel 1 EVRM.¹²

Ondertussen dient bij de analyse van Nederlandse antiterrorisme maatregelen op grond van relevante jurisprudentie van het EHRM die niet direct op de desbetreffende maatregelen betrekking heeft, in het oog te worden gehouden dat om te bepalen wat de betekenis van die jurisprudentie voor de maatregel of toepassing daarvan is veelal meerdere transplantaties dienen plaats te vinden. Om te beginnen ziet een belangrijk deel van die relevante jurisprudentie immers niet op Nederland maar op andere staten. Voorts hebben veel van de behandelde beslissingen en uitspraken geen betrekking op terrorisme maar op de meer reguliere rechtspleging. Weliswaar doet dit aan de relevantie van die jurisprudentie voor dit onderzoek niet af: het Hof legt in relatie tot terrorismebestrijding immers geen andere maatstaven aan dan voor niet-terrorisme zaken,¹³ terwijl voor zover dat toch het geval zou zijn wij daarmee vanzelfsprekend rekening zouden houden. Maar dat neemt niet weg dat de ernst van terrorisme wel een factor kan zijn bij de afweging op grond van die maatstaven, waardoor de afweging anders kan – maar zeker niet hoeft – uit te vallen dan in een niet-terrorisme zaak. Overigens zou het onderscheiden van “terrorisme rechtspraak” van “gewone rechtspraak” ook niet goed mogelijk zijn nu het EHRM geen definitie van terrorisme hanteert.¹⁴ Tot slot is van belang dat dit onderzoek zich niet beperkt tot een beoordeling van de toepassing van de maatregelen, maar ook de maatregelen als zodanig beoogt te toetsen. Daarmee is sprake van een toetsing die geen natuurlijke aansluiting heeft met de benadering die het EHRM doorgaans zelf kiest: “it is not the Court’s task to review the relevant law and practice *in abstracto*, but to determine whether the manner in which they were applied in a particular case gave rise to a violation.”¹⁵ In al deze gevallen is er dus een zekere vertaalslag nodig. Dit betekent niet dat er geen steekhoudende analyse van de Nederlandse antiterrorisme maatregelen op grond van die jurisprudentie valt te maken; het houdt wel in dat het veelal niet mogelijk is om daarbij absolute uitspraken te doen over de houdbaarheid van die maatregelen in het licht van het EVRM.

¹² Zie uitgebreider over de kenbron-werking van Straatsburgse jurisprudentie P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Wolf Legal Publishers: Nijmegen, 2003, p. 40-46. Zie overigens ook EHRM 8 juni 2003, *Sentges v. the Netherlands*, Appl. 27677/02; EHRM 29 april 2002, *Pretty v. the United Kingdom*, Appl. 2346/02, par. 75.

¹³ Zie ook M. Aksu, *Straatsburgse kaders voor terrorismebestrijding. EVRM, strafrecht en terrorisme* (diss. Nijmegen), Wolf Legal Publishers: Nijmegen, 2007, passim; J.P. Loof, ‘Terrorismebestrijding, de Raad van Europa en het EVRM’, in: E. van Dongen e.a. (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*, Stichting NJCM-Boekerij: Leiden, 2005, p. 68-69. Zie voorts de preambule en de artikelen III-XV van de Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002, Council of Europe Publishing, 2002, alsmede de daarbij opgenomen ‘Texts of references’, waarin ook naar diverse arresten van het EHRM in niet-terrorisme gerelateerde zaken wordt verwezen.

¹⁴ Zie J.P. Loof, ‘Terrorismebestrijding, de Raad van Europa en het EVRM’, in: E. van Dongen e.a. (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*, Stichting NJCM-Boekerij: Leiden, 2005, p. 52; Council of Europe, ‘Texts of references’, in: *Guidelines on human rights and the fight against terrorism, adopted by the Committee of Ministers on 11 July 2002*, Council of Europe Publishing, 2002, p. 16.

¹⁵ Zie voor recente bevestiging van deze vaste rechtspraak bijv. EHRM 18 mei 2010, *Kennedy v. the United Kingdom*, Appl. 26839/05, par. 119.

Bij een toetsing van antiterrorismemaatregelen en de mogelijke toepassing daarvan aan de jurisprudentie van het EHRM, dient men onder ogen te zien dat die jurisprudentie geen statisch gegeven is. Niet alleen geldt immers dat het Hof het verdrag sinds lang beschouwt als “a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions”.¹⁶ Ook van belang is dat die jurisprudentie de betekenis, inhoud en reikwijdte van de verdragsrechten steeds gedetailleerder duidelijker maakt doordat het EHRM voortdurend heeft te beslissen over nieuwe individuele zaken die hun eigen specifieke omstandigheden kennen. De vraag is of men hiermee rekening dient te houden bij de analyse van antiterrorisme maatregelen op grond van de Straatsburgse jurisprudentie. Anders gezegd: kiest men bij de analyse voor een meer statische interpretatie van de jurisprudentie van het Hof of kiest men voor een meer dynamische interpretatie daarvan.¹⁷ In het laatste geval wordt getracht de dynamiek in de jurisprudentie van het Hof te verdisconteren in de interpretatie.¹⁸ Een statische interpretatie gaat daarentegen uit van de stand van de rechtsontwikkeling zoals die op dat moment uit die jurisprudentie tot uitdrukking komt.¹⁹ Juist omdat wij de rechtspraak van het EHRM reeds in verschillende opzichten dienen te “vertalen” naar de Nederlandse antiterrorismemaatregelen, hetgeen al tot een meer taxerende uitleg dwingt, nemen wij in dit onderzoek conform de statische interpretatie slechts de standpunten en rechtsregels van het Europese Hof die uit de bestaande jurisprudentie blijken tot uitgangspunt. Deze benadering is in onze ogen het minst speculatief en aldus juridisch het meest zuiver. Ondertussen laat dit wel de mogelijkheid open – maar dat is uiteindelijk altijd zo – dat het EHRM bij eventuele toetsing van Nederlandse antiterrorismemaatregelen een andere benadering toont dan wij in lijn met de bestaande jurisprudentie volgen.

Conclusies en de formulering daarvan

De behandeling van elke maatregel sluiten wij af met een overzicht van conclusies. Deze worden puntsgewijs gepresenteerd. Hiervoor werd opgemerkt dat het bij de analyse van de antiterrorismemaatregelen op grond van de jurisprudentie van het EHRM veelal niet mogelijk is om absolute uitspraken te doen over de houdbaarheid van die maatregelen in het licht van het EVRM. Om die reden wordt in de formulering van veel van de uit die analyse voortvloeiende conclusies over “onwaarschijnlijkheden” en “risico’s” gesproken. Daar waar er bijzondere redenen zijn om aan te nemen dat het EHRM iets mogelijk niet zal accepteren wordt over een risico gesproken. Bijvoorbeeld: “Er bestaat een ... risico dat de maatregel ... bij toetsing door het EHRM onvoldoende ... wordt geacht in de zin van artikel ... EVRM.” Indien er juist geen bijzondere redenen zijn om te verwachten dat iets mogelijk een schending oplevert, zijn de conclusies in termen van onwaarschijnlijkheden geformuleerd.

¹⁶ Zie aldus bijv. EHRM (GK) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Appl. 14939/03, par. 80.

¹⁷ Dit onderscheid is ontleend aan G. Knigge, ‘Conclusie advocaat-generaal voor HR 30 juni 2009’, *LJN* BH3079, *NJ* 2009, 350, pnt. 6.5-6.9.

¹⁸ Vgl. idem, pnt. 6.7.

¹⁹ Zie idem, pnt. 6.6.

Bijvoorbeeld: “Het is ... onwaarschijnlijk dat de maatregel ... onvoldoende ... wordt geacht in de zin van artikel ... EVRM.”

Zowel bij de risicotaxaties als de onwaarschijnlijkheidstaxaties hanteren wij verschillende gradaties. In het laatste geval gaat het oplopend in sterkte om: “enigszins onwaarschijnlijk”, “waarschijnlijk”, “zeer onwaarschijnlijk”. Bij laatstgenoemde kwalificatie valt een schending dus het minst te verwachten. Ingeval de conclusie juist een risico benoemt, zijn de gebruikte termen: “risico”, “aanzienlijk risico” en “zeer aanzienlijk risico”. Ditmaal valt bij laatstgenoemde kwalificatie dus juist een schending het meest te verwachten. Daarnaast wordt soms gesproken van een “niet verwaarloosbaar risico”. Die kwalificatie volgt in beginsel wanneer er een noemenswaardig risico op schending van het EVRM bestaat, zonder dat in zijn algemeenheid goed valt in te schatten wat de omvang van dit risico meer precies is, bijvoorbeeld omdat de jurisprudentie van het EHRM daartoe onvoldoende aanknopingspunten biedt of omdat dit sterk afhankelijk is van de concrete feiten en omstandigheden in een zaak.

Tot slot verdient opmerking dat een toetsing aan de jurisprudentie van het EHRM een toetsing impliceert aan minimumnormen. Die jurisprudentie geeft immers slechts het absolute minimumniveau van mensenrechten bescherming aan dat staten in acht dienen te nemen. Dit betekent dat de conclusies wat betreft die toetsing ook slechts betrekking hebben op de vraag of de antiterrorismemaatregelen aan de minimumnormen voldoen. Die conclusies houden dus nadrukkelijk geen oordeel in over de vraag of het minimumniveau wel of niet ook het meest wenselijke niveau van bescherming is en of de maatregelen daaraan wel of niet voldoen. Voor een zodanig oordeel zijn in eerste instantie de autoriteiten zelf verantwoordelijk; de wetgever bij het initiëren en invoeren van wetgeving en het bestuur en de rechter bij het uitleggen, toepassen en toetsen daarvan.

3 Materieel strafrechtelijke antiterrorisme regelgeving

Op materieel strafrechtelijk terrein zijn er twee belangrijke antiterrorismewetten tot stand gekomen. Het gaat daarbij om de Wet terroristische misdrijven en de Wet training voor terrorisme. Deze wetten zijn nu achtereenvolgens voorwerp van bespreking.

3.1 Wet terroristische misdrijven (2004)

a. Inhoud en strekking van de wet

De *Wet van 24 juni 2004 tot wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met terroristische misdrijven* (Wet terroristische misdrijven)²⁰ strekt primair tot implementatie van het *EU Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding*.²¹ Volgens de memorie van toelichting beoogt de Wet terroristische misdrijven (WTM) “in aansluiting op het kaderbesluit, het materiële strafrecht aan te scherpen, opdat het beter tot uitdrukking brengt dat terroristische misdrijven tot de ernstigste misdrijven behoren.”²² De belangrijkste onderdelen van de wet zijn:

- Strafbbaarstelling van uiteenlopende gedragingen als terroristisch misdrijf wanneer deze met “terroristisch oogmerk” worden gepleegd.
- Het daartoe definiëren wat wordt verstaan onder terroristisch misdrijf (artikel 83 Sr) en onder terroristisch oogmerk (artikel 83a Sr).
- Het voorzien in hogere maximumstraffen voor deze terroristische misdrijven dan voor soortgelijke misdrijven die zonder terroristisch oogmerk worden gepleegd.
- Het voorzien in hogere maximumstraffen voor enkele misdrijven die worden gepleegd met het oog op een voorgenomen terroristisch misdrijf.
- Uitbreiding van de rechtsmacht ter zake van terroristische misdrijven (artikelen 4 en 4a Sr).

Voorts bevat de Wet terroristische misdrijven enkele onderwerpen die niet uit voormeld Kaderbesluit voortvloeien, maar die de Nederlandse wetgever uit eigenbeweging daarin heeft opgenomen. Dit betreft in het bijzonder:

- Strafbbaarstelling van samenspanning tot het begaan van terroristische misdrijven (artikelen 80 lid 3, 114b, 120b, 176b, 282c, 289a, 304b, 415b Sr).
- Strafbbaarstelling van rekrutering ten behoeve van de jihad (gewapende strijd) (artikel 205 Sr).

²⁰ *Stb.* 2004, 290. Inwerkingtreding: 10 augustus 2004 (*Stb.* 2004, 373). *Kamerstukken* 28 463.

²¹ Kaderbesluit 2002/475/JBZ, *PbEG* L 164/3, 22.6.2002; inwerkingtreding: 22 juni 2002.

²² *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 463, 3, p. 1 (MvT).

De toelichting op de strafbaarstelling van samenspanning tot de ernstigste terroristische misdrijven draagt verschillende argumenten daarvoor aan. De toelichting impliceert dat strafbaarstelling van zodanige samenspanning is gerechtvaardigd omdat terroristische misdrijven als moordaanslagen alsmede aanslagen op gebouwen en publieke voorzieningen tot de ernstigste misdrijven behoren. Voorts wordt uiteengezet dat een zo effectief mogelijke bestraffing en bestrijding van terrorisme om die strafbaarstelling vraagt en ten slotte dat die nodig is ter vergemakkelijking van de samenwerking en rechtshulp inzake terrorismebestrijding binnen de EU en op internationaal niveau. Hieruit valt af te leiden dat deze strafbaarstellingen niet alleen materieel strafrechtelijk van betekenis worden geacht, maar ook dienstig beogen te zijn aan de opsporing en andere strafvorderlijke belangen. Wat betreft de rekruteringsstrafbaarstelling geldt volgens de toelichting dat deze beoogt te bevorderen “dat het werven van personen voor de jihad in de gevallen waarin zulks wordt opgespoord effectief strafrechtelijk kan worden vervolgd.”²³

b. Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter

De Wet terroristische misdrijven heeft inmiddels in enkele tientallen door de strafrechter beoordeelde strafzaken een rol gespeeld. De bekendste daarvan zijn de zaak-*Mohammed B.*²⁴, de *Piranhazaken*²⁵ en de *Hofstadgroepzaken*²⁶. In deze en andere strafzaken is de reikwijdte van begrippen als “terroristisch oogmerk”²⁷, “een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven” (artikel 140a Sr)²⁸, voor “gewapende strijd” werven (artikel 205 Sr)²⁹ en samenspanning³⁰ nader bepaald of in elk geval aan de orde geweest. In geen van deze zaken noch in enige andere heeft de Nederlandse rechter de WTM echter getoetst aan het legaliteitsbeginsel in artikel 7 EVRM of de rechtspraak van het EHRM daarover.

Wel stelt het Gerechtshof 's-Gravenhage (2 oktober 2008, *LJN* BF3987, *LJN* BF5180) in de *Piranhazaak* over het begrip “werven” in artikel 205 Sr vast dat het de bedoeling van de wetgever is geweest tevens het voortraject waarin een mogelijke rekrut nog wordt bespeeld, beïnvloed en/of ideologisch rijp gemaakt, strafbaar te stellen op de voet van

²³ *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 463, 8, p. 4-5 (Tweede nota van wijziging).

²⁴ Rb Amsterdam 26 juli 2005, *LJN* AU0025 (Mohammed B.).

²⁵ Zie voor de Piranhazaken o.a. Gerechtshof 's-Gravenhage 2 oktober 2008, *LJN* BF3987, *LJN* BF4814, *LJN* BF5180, *LJN* BF5225, en Rb Rotterdam 1 december 2006, *LJN* AZ3589 (compilatie van vonnissen).

²⁶ Zie voor de hofstadgroep i.h.b. HR 2 februari 2010, *LJN* BK5172, *LJN* BK5174, *LJN* BK5175, *LJN* BK5182, *LJN* BK5189, *LJN* BK5193, *LJN* BK5196, en voorts Gerechtshof 's-Gravenhage 23 januari 2008, *LJN* BC2576, *LJN* BC4129, *LJN* BC4171, *LJN* BC4177, *LJN* BC4178, *LJN* BC4182, *LJN* BC4183, en Rb. Rotterdam 10 maart 2006, *LJN* AV5108 (compilatie van vonnissen).

²⁷ Zie i.h.b. HR 2 februari 2010, *LJN* BK5193 (Hofstadgroep), r.o. 6.

²⁸ Zie o.a. HR 2 februari 2010, *LJN* BK5193 (Hofstadgroep), r.o. 4.

²⁹ Zie o.a. Gerechtshof 's-Gravenhage 2 oktober 2008, *LJN* BF5180 (Piranhazaak); Rb Rotterdam 30 oktober 2007, *LJN* BB7203.

³⁰ Rb Rotterdam 1 december 2006, *LJN* AZ3589 (Piranhazaken).

artikel 205 van het Wetboek van Strafrecht. Vervolgens voegt het hof daar aan toe: “Dit is ook mogelijk nu de vrijheden genoemd in de artikelen 9 en 10 van het EVRM hun begrenzing vinden in het plegen van misdrijven.” Nader toelichting of onderbouwing van deze opmerking bevat het arrest niet.

In een meer verwijderd verband tot de Wet terroristische misdrijven is tot slot het volgende nog relevant. In de *Hofstadgroepzaak* toetst het Gerechtshof 's-Gravenhage (23 januari 2008, *LJN* BC2576, *LJN* BC4171) aan artikelen 9 en 10 EVRM in relatie tot de vraag of als “oogmerk” van de “organisatie” het plegen van de bij de artikelen 131, 132, 137d en 285 Sr voorziene en strafbaar gestelde misdrijven kan gelden (opruiing, het verspreiden en om verspreid te worden in voorraad hebben van opruiende geschriften, het aanzetten tot haat, discriminatie en geweld, bedreiging en bedreiging met een terroristisch misdrijf).³¹ De toetsing door het hof veronderstelt dat het oogmerk van de organisatie niet zonder meer kan worden ingevuld met uitingen die door artikel 9 en/of 10 EVRM worden beschermd. Het hof oordeelt dat een vervolging ter zake van deelneming aan een organisatie die het plegen van zogenaamde uitingsdelicten tot oogmerk heeft “een inbreuk op het recht op vrijheid van meningsuiting en, waar het mede om religieus geïnspireerde uitingen gaat, op het recht op vrijheid van godsdienst wordt gemaakt.” Teneinde rechtmatig te zijn dienen de inbreuken dus te voldoen aan de drie voorwaarden die volgen uit artikel 10 lid 2 EVRM respectievelijk artikel 9 lid 2 EVRM (een inbreuk dient bij wet te zijn voorzien, noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving en een door het EVRM erkend legitiem doel na te streven). In cassatie spitst de Hoge Raad erop toe dat het hof een onjuiste betekenis heeft toegekend aan de term “organisatie” en een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de bewoordingen “aanzetten tot haat, discriminatie en geweld”.³² De eventuele betekenis van de artikelen 9 en 10 EVRM komt (daardoor) niet nader meer aan de orde.

c. Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties

De Wet terroristische misdrijven is tot op heden niet door het EHRM aan een van de bepalingen in het EVRM getoetst.³³

Wel heeft de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa zich in zijn laatste rapport over Nederland kritisch over de wet uitgelaten.³⁴ Hij merkt op dat de wet “wijde definities” bevat, waartoe hij nadrukkelijk verwijst naar het begrip “terroristisch

³¹ Zie daarover ook M. van Noorloos, ‘De “Hofstadgroep” voor het Haagse hof: over de vrijheid van radicale uitingen in het publieke debat’, *DD* 2008, 34, p. 475-498.

³² HR 2 februari 2010, *LJN* BK5196 en *LJN* BK5193 (Hofstadgroep), r.o. 4.4 resp. 5.4.

³³ Wel zijn er hier volstrekt onbelangrijke verwijzingen naar deze wet in EHRM 27 mei 2008, *Ramzy v. the Netherlands*, Appl. 25424/05, par. 17; EHRM 20 juli 2010, *A. v. the Netherlands*, Appl. 4900/06, par. 46.

³⁴ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2. Overigens is de kritiek op deze wet niet expliciet besproken laat staan weersproken in de reactie van de Nederlandse regering op het rapport: zie bij het rapport ‘Appendix 2: The Netherlands government’s response to the report’, par. 36-37; eveneens opgenomen in *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 V, 95, p. 16-17 (par. 36-37).

oogmerk". Ook wijst hij erop dat sommige misdrijven afzonderlijk als terroristische misdrijven zijn gedefinieerd, zoals samenspanning tot een terroristisch misdrijf, deelneming aan een terroristische organisatie en dreiging met het plegen van een terroristisch misdrijf. De commissaris beveelt aan om vage en ruime definities van misdrijven en de bestanddelen daarvan te voorkomen, nu deze kunnen leiden tot onrechtvaardige beperking van de uitoefening van mensenrechten en fundamentele vrijheden.³⁵ Meer in het algemeen constateert hij met zorg dat ruime en vage concepten worden gebruikt die de door het legaliteitsbeginsel vereiste precisie ontberen. De commissaris spoort de autoriteiten aan de wetgeving zo aan te passen dat deze het individu de precisie en duidelijkheid biedt die het nodig heeft om zijn of haar gedrag op de wet af te stemmen.³⁶ Het rapport duidt niet nader aan in welk opzicht en volgens welke criteria bepaalde terminologie onacceptabel ruim en/of onacceptabel vaag is. In de navolgende paragraaf blijkt dat die kwalificatie bovendien ook niet gemakkelijk op de rechtspraak van het EHRM over artikel 7 EVRM valt te baseren.

Verder is er voor de Wet terroristische misdrijven enige aandacht bij het VN Comité voor de Mensenrechten dat toeziet op het IVBPR geweest in het kader van de statenrapportage. In antwoord op het verzoek om informatie over de ingevoerde antiterrorisme wetgeving en de vraag van het Comité of Nederland een definitie van terrorisme hanteert³⁷ is een zeer summiere beschrijving gegeven van de inhoud van het wetsvoorstel en gewezen op de artikelen 83 en 83a Sr.³⁸ Het Comité deed geen aanbevelingen ten aanzien van de wet of definitie van terrorisme.³⁹ Ook in concrete zaken naar aanleiding van individuele klachten is de wet niet getoetst door het Comité voor de Mensenrechten. Bij de andere VN-verdragscomités is de wet zelfs in het geheel geen voorwerp van discussie geweest en ook in het kader van de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad kwam die niet in beeld.⁴⁰

d. Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM

Gedurende de parlementaire behandeling kwamen vragen op of het begrip "samenspannen" en de omschrijving van het "terroristische oogmerk" houdbaar zijn in het licht van de

³⁵ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2, par. 165.

³⁶ Idem, onderdeel *Executive Summary* onder X.

³⁷ Human Rights Committee, *List of issues to be taken up in connection with the Consideration of the fourth periodic report of the Netherlands* (49th Session, 2008), CCPR/C/NLD/Q/4, 25 November 2008, par. 3.

³⁸ Human Rights Committee, *Replies to the list of issues to be taken up in connection with the Consideration of the fourth periodic report of the Netherlands*, CCPR/C/NLD/Q/4/Add.1, 5 June 2009, par. 6 en 8. Zie ook de opmerkingen van de minister van Justitie tijdens de discussie: Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, the Netherlands* (Summary Record of the 2631st Meeting), CCPR/C/SR.2631, 22 July 2009, par. 8.

³⁹ Human Rights Committee, *Concluding Observations, the Netherlands* (96th Session, 2009), CCPR/C/NLD/-CO/4, 25 August 2009, zie i.h.b. par. 4-19.

⁴⁰ Human Rights Council, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/3, 13 March 2008, par. 33-34.

internationale verdragen en het zogenaamde *lex certa*-beginsel.⁴¹ In de antwoorden op deze vragen wordt niet verwezen naar of wezenlijk ingegaan op het legaliteitsbeginsel; ook niet voor zover het artikel 7 EVRM of de rechtspraak van het EHRM daarover betreft. Ook overigens blijkt uit de op de WTM betrekking hebbende parlementaire stukken niet van een wezenlijke toetsing van deze wet aan bepalingen uit het EVRM of die rechtspraak. Ook de Nederlandse juridische literatuur biedt geen wezenlijke analyse van de Wet terroristische misdrijven in het licht van het EVRM. Gelet op tijdens de parlementaire behandeling van de wet gemaakte opmerkingen en voorts het rapport van de Commissaris voor de Rechten van de Mens, is het daarom nuttig te bezien of de wet voldoende nauwkeurig is omschreven in de zin van artikel 7 EVRM. Daarbij verdienen in het bijzonder de volgende termen aandacht: “terroristisch oogmerk” (artikel 83a Sr), “een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven” (artikel 140a Sr), voor de “gewapende strijd werft” (artikel 205 Sr) en “samenspanning”.

Overigens is het denkbaar dat de toepassing van bepalingen uit de Wet terroristische misdrijven in een concreet geval inbreuk maakt op het andere fundamentele rechten. Zo zou bijvoorbeeld het recht op vrijheid van religie (artikel 9 EVRM), meningsuiting (artikel 10 EVRM) of vereniging (artikel 11 EVRM) in het geding kunnen zijn wanneer een bewezenverklaring van deelneming aan een “organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven” (mede) zou berusten op religieuze opvattingen en uitingen van de groep. Dat kan zich in het bijzonder voordoen indien de religieuze ideologie van de groep er als bewijs voor dient dat de groep een terroristisch oogmerk heeft, vooral indien het daarbij niet om een gewelddadige ideologie zou gaan.⁴² Maar omdat dergelijke situaties niet zozeer voortvloeien uit of eigen zijn aan (toepassing van) de Wet terroristische misdrijven, maar veeleer samenhangen met de aard van een concrete zaak, zullen deze en andere fundamentele rechten dan artikel 7 EVRM in beginsel niet nader aan de orde komen.

d-i Strafbbaarstellingen en het legaliteitsbeginsel (artikel 7 EVRM)

Volgens vaste jurisprudentie van het EHRM is het legaliteitsbeginsel in artikel 7 EVRM een essentieel element van “the rule of law”.⁴³ Het omvat:

- a. het verbod om strafbepalingen met terugwerkende kracht toe te passen,
- b. het principe dat alleen de wet (“the law”) strafbare feiten kan definiëren en straffen kan bepalen (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”)
- c. het verbod om de reikwijdte van bestaande strafbare feiten zo uit te breiden dat daaronder ook gedragingen komen te vallen die daarvoor niet strafbaar waren,

⁴¹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 463, 10, p. 34 (Nota n.a.v. het nader verslag); *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 463, 17, p. 2 (Amendement van het Lid Albayrak); *Handelingen II* 2003-2004, 4 december 2003, 33-2358 (Kamerlid Vos).

⁴² Vgl. HR 2 februari 2010, *LJN* BK5193 (Hofstadgroep), r.o. 6.3.

⁴³ Zie EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov v. Latvia*, Appl. 36376/04, par. 185; EHRM 25 juni 2009, *Liivik v. Estonia*, Appl. 12157/05, par. 92.

alsmede het principe dat strafbepalingen niet extensief ten nadele van de beklaagde mogen worden uitgelegd, bijvoorbeeld door analogische toepassing.

- d. Uit deze vereisten volgt dat een strafbaar feit duidelijk in de wet (“the law”) moet worden gedefinieerd (het *lex certa*-beginsel oftewel het Bestimmtheitsgebot).⁴⁴

Omdat vooral de vereisten onder c. en d. wat betreft de WTM het meest relevant zijn zullen wij daar op concentreren. Van belang is dan dat het EHRM deze vereisten nader heeft uitgewerkt. Het Hof maakt duidelijk dat het legaliteitsbeginsel kwaliteitseisen aan de wet (“the law”) stelt. Deze moet namelijk toegankelijk en voorzienbaar zijn.⁴⁵ Daarbij geldt uiteraard dat van vervulling van het laatste vereiste hooguit sprake zal kunnen zijn indien aan de eerste voorwaarde is voldaan.

Toegankelijkheid (“accessibility”)

Allereerst het vereiste van toegankelijkheid (“accessibility”). Daaraan voldoet de Wet terroristische misdrijven zonder meer. Van belang daartoe is dat officiële publicatie van een strafwet deze voorwaarden normaal gesproken vervult.⁴⁶ Van zodanige publicatie is sprake met de publicatie van de WTM in het Staatsblad.⁴⁷ Dat de wet als onderdeel van het Wetboek van Strafrecht in vele bundels is gepubliceerd en ook via het Internet beschikbaar is, biedt aan de toegankelijkheid nog nadere – maar aldus niet noodzakelijke – versterking.⁴⁸

Voorzienbaarheid (“foreseeability”)

Wat betreft het vereiste van voorzienbaarheid (“foreseeability”) ligt het minder eenvoudig. Uitgangspunt is dat het individu op grond van de bewoordingen van de relevante bepaling moet kunnen bepalen welke handelingen en nalatigheden hem strafrechtelijk aansprakelijk maken en welke straf daarop van toepassing is.⁴⁹ Maar zo nodig zal daarbij ook moeten worden gekeken naar de interpretatie van de bepaling in de rechtspraak en/of zal daartoe adequaat juridisch advies moeten worden ingewonnen, zo stelt het Hof. Het EHRM erkent bovendien dat er altijd behoefte zal zijn aan verheldering van twijfelachtige punten en aan bijstelling vanwege wijzigende omstandigheden. Om die reden zal rechterlijke interpretatie van een strafbepaling altijd onvermijdelijk zijn, zelfs indien de formulering ervan zeer duidelijk is. Maar in veel gevallen kan zelfs daar geen sprake van zijn. Het Hof accepteert dan ook dat veel bepalingen onherroepelijk termen bevatten die vaag, algemeen of onprecies

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Zie EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97, par. 36 (hoewel deze uitspraak ziet op de toegankelijkheid van “the law” in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM in plaats van artikel 7 EVRM, is deze hier toch zonder meer relevant aangezien de kwalitatieve voorwaarden van “accessibility” en “foreseeability” voor beide bepalingen in beginsel op dezelfde wijze worden ingevuld; zie o.a. EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov v. Latvia*, Appl. 36376/04, par. 185). Zie ook EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely v. Hungary*, Appl. 9174/02, par. 75.

⁴⁷ Zie *Stb.* 2004, 290, en voor de inwerkingtreding *Stb.* 2004, 373.

⁴⁸ Vgl. EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely v. Hungary*, Appl. 9174/02, par. 75 (publicatie in brochure).

⁴⁹ EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov v. Latvia*, Appl. 36376/04, par. 185; EHRM 25 juni 2009, *Liivik v. Estonia*, Appl. 12157/05, par. 93.

zijn en waarvan de interpretatie en toepassing nader in de praktijk moeten kunnen worden bepaald. Artikel 7 EVRM verzet zich er dan ook niet tegen dat de betekenis van strafbepalingen van zaak tot zaak geleidelijk wordt verduidelijkt door rechterlijke interpretatie. Hierbij geldt echter wel een absolute ondergrens: de uitleg of toepassing van een strafbepaling zal moeten overeenstemmen met de essentie van de strafbaarstelling en zal vooraf redelijkerwijs voorzienbaar moeten zijn geweest.⁵⁰

Voorzienbaarheid wat betreft strafbaarstelling zelf

Ten eerste impliceert deze “voorzienbaarheid”-rechtspraak dus vereisten die de bewoordingen van de strafbepaling betreffen: een strafbaar feit moet duidelijk in de wet worden gedefinieerd. Anders gezegd: de in een strafbepaling gebruikte formuleringen en termen mogen niet dusdanig vaag of onbepaald zijn dat de strafbepaling wat betreft betekenis of gevolgen onvoorzienbaar wordt.⁵¹ Of dat het geval is dient men te beoordelen in het licht van de inhoud van de hele bepaling of zelfs regeling waarin de termen of formuleringen voorkomen. Ook het onderwerp waarop de bepaling betrekking heeft en het aantal en de status van degene tot wie de bepaling zich richt zijn daartoe van belang.⁵² Zoals gezegd kunnen daartoe bovendien eerder gegeven rechterlijke interpretaties van belang zijn. En datzelfde geldt voor onder meer toelichtingen in parlementaire stukken, een gevestigde (bestuurs)praktijk, internationale regelgeving en rechtspraak, en zelfs juridische literatuur.⁵³ Ondertussen blijkt uit de Straatsburgse rechtspraak dat niet gauw wordt aangenomen dat een in de wet gebruikte term of formulering te vaag, te ruim, te algemeen of te onprecies is.

Hoewel het EHRM van verschillende van de volgende termen en formuleringen vond dat deze “vague and imprecise” zijn en “the courts a wide discretion” geven, oordeelde het Hof deze toch niet te vaag, te ruim, te algemeen of te onprecies: “writings, pictures, films or other items which are *obscene*”⁵⁴, “Whoever says or does something degrading for the honour or the dignity of another in his presence shall be punished for *insult* [...]”⁵⁵, “A person who unlawfully [...] publicly disseminates information [...] depicting the *private life* of another person [...] shall be convicted of invasion of privacy [...]”⁵⁶, “Associations shall not publish or distribute leaflets, written statements or *similar publications* [...]”⁵⁷, “*medicinal*

⁵⁰ EHRM (GK), *Kononov, a.w.*, par. 185; EHRM, *Liivik, a.w.*, par. 94.

⁵¹ Zie EHRM 1 februari 2005, *Raichinov v. Bulgaria*, Appl. 47579/99, par. 4.

⁵² EHRM 22 oktober 1996, *Cantoni v. France*, Appl. 17862/91, par. 35; EHRM 6 juli 2010, *Van Anraat v. the Netherlands*, Appl. 65389/09, par. 81.

⁵³ Zie bijv. EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, Appl. 11843/03, par. 85, 88; EHRM, *Van Anraat, a.w.*, o.a. par. 88, 94; EHRM 7 december 2006, *Van der Velden v. the Netherlands*, Appl. 29514/05, par. 1; EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely v. Hungary*, Appl. 9174/02, o.a. par. 82-83.

⁵⁴ EHRM 24 mei 1988, *Müller v Zwitserland*, Appl. 10737/84, par. 29.

⁵⁵ EHRM 1 februari 2005, *Raichinov v. Bulgaria*, Appl. 47579/99, par. 4.

⁵⁶ EHRM 6 april 2010, *Flinkkilä v. Finland*, Appl. 25576/04, par. 63-68 en 94.

⁵⁷ EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97, par. 39 (maar de interpretatie en toepassing van deze bepaling door de strafrechter was volgens het EHRM wel onvoorzienbaar; zie daarover verderop).

*product*⁵⁸, “Tax evasion committed through non-declaration of income ..., or by false declaration, or *by other means* ... shall be punishable...”⁵⁹, “Any individual who without good cause [...] obtains access to another person’s house or *any other place not freely accessible* [...] may be convicted of trespassing”⁶⁰, “Intentional *misuse* by an official of his or her official position, if it *causes significant damage* to the rights or interests of a person, enterprise, agency or organisation protected by law or to national interests [...]”⁶¹, “*genocide*” and “*intent to destroy*”⁶², “He who commits a violation of the laws and *customs of war* shall be punished by [...]”⁶³, en “Anyone engaging in *proselytism* shall be liable [...]. By ‘proselytism’ is meant, in particular, any direct or indirect attempt to intrude on the religious beliefs of a person of a different religious persuasion, with the aim of undermining those beliefs, either by any kind of inducement or promise of an inducement or moral support or material assistance, or by fraudulent means or by taking advantage of his inexperience, trust, need, low intellect or naïvety. [...]” [onze cursiveringen, PHvK & JvDV].⁶⁴

Gelet op deze en andere rechtspraak van het EHRM lijkt het zeer onwaarschijnlijk dat in de Wet terroristische misdrijven gebruikte formuleringen en termen als “terroristisch oogmerk” (artikel 83a Sr), “een organisatie die tot oogmerk heeft het plegen van terroristische misdrijven” (artikel 140a Sr), voor de “gewapende strijd werft” (artikel 205 Sr) en “samenspanning” door het Hof in strijd met artikel 7 EVRM zouden worden geacht omdat ze te vaag, ruim, algemeen of onprecies zouden zijn. Deze conclusie vindt nog verdere versterking in het navolgende.

Voor “terroristisch oogmerk” is nog van belang dat de betekenis van deze term niet slechts samenvalt met de twee woorden “terroristisch” en “oogmerk” maar dat de wet de betekenis van de hele term nader definieert in artikel 83a Sr. Voorts telt dat de betekenis van de term “oogmerk”, die op meer plaatsen in het Wetboek van Strafrecht voorkomt (zie o.a. artikel 310 Sr), reeds in de jurisprudentie en juridische literatuur nader is bepaald. De hiervoor genoemde Nederlandse jurisprudentie laat bovendien zien dat dit inmiddels ook voor de term “terroristisch oogmerk” geldt.⁶⁵ Indien een veroordeelde bij het EHRM op grond van artikel 7 EVRM over deze begrippen zou klagen, zal deze inmiddels tot stand gekomen jurisprudentie zeker door het Hof in zijn toetsing worden betrokken bij de vraag of de term voldoende duidelijk is. Tot slot verdient opmerking dat ook – in zowel in Nederland als in andere nationale strafrechtssystemen voorkomende – begrippen als “opzettelijk”, “schuld”, “medeplegen”, “uitlokking”, “pogen” en “voorbereiden” op zichzelf behoorlijk vaag zijn, terwijl het EHRM deze nooit in strijd met het legaliteitsbeginsel heeft verklaard. Overigens

⁵⁸ EHRM 22 oktober 1996, *Cantoni v. France*, Appl. 17862/91, par. 32-36.

⁵⁹ EHRM 11 september 2007, *Timinskiy v. Russia*, Appl. 74947/01, par. 1.

⁶⁰ EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, Appl. 11843/03, par. 78-98.

⁶¹ EHRM 25 juni 2009, *Liivik v. Estonia*, Appl. 12157/05, par. 96-104 (maar de interpretatie en toepassing van deze bepaling door de strafrechter was volgens het EHRM wel onvoorzienbaar; zie daarover verderop).

⁶² EHRM 12 juli 2007, *Jorgic v. Germany*, Appl. 74613/01, par. 103-116.

⁶³ EHRM 6 juli 2010, *Van Anraat v. the Netherlands*, Appl. 65389/09, par. 79-97.

⁶⁴ EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis v. Greece*, Appl. 14307/88, par. 40-41 en 52-53.

⁶⁵ Zie hiervoor paragraaf 3.1.b.

ligt het gelet op de cruciale rol die dergelijke figuren in de strafrechtspleging vervullen ook niet voor de hand dat dit gebeurt.

Soortgelijke argumenten zijn van toepassing voor de term “samenspanning”. De wet biedt ook voor deze term een nadere definitie, te weten in artikel 80 Sr. Voorts is relevant dat “samenspanning” reeds deel uitmaakt van het Wetboek van Strafrecht sinds de inwerkingtreding daarvan in 1886 en – zij het slechts zeer beperkt – in de Nederlandse jurisprudentie is toegepast (maar iets vaker in het militaire strafrecht).⁶⁶ Bovendien bieden ook de parlementaire stukken over de wet een nadere toelichting op deze term.⁶⁷ Zeker zo belangrijk is dat de rechtsfiguur samenspanning een actief leven leidt in diverse andere strafrechtstelsels, waaronder het Engelse stelsel, dat de figuur “conspiracy” kent.⁶⁸ Hoewel het EHRM verschillende zaken heeft behandeld waarin het ging om veroordelingen wegens “conspiracy”, is van de eventueel te grote vaagheid van die term voor zover valt na te gaan nooit een punt gemaakt.⁶⁹ Tot slot geldt ook voor de aanvaardbaarheid van samenspanning als argument dat termen als bijvoorbeeld “opzettelijk” en “pogen” (zie verder hierboven) nauwelijks of niet scherper zijn terwijl ze toch niet in strijd met artikel 7 EVRM zijn.

Wat betreft “terroristische organisatie” in de zin van artikel 140a Sr is allereerst relevant dat deze bepaling sterk in het verlengde ligt van artikel 140 Sr, dat reeds een lange staat van dienst heeft binnen de Nederlandse rechtspleging. Veel van de termen in artikel 140a Sr komen ook voor in artikel 140 Sr en zijn uitgebreid in de Nederlandse jurisprudentie aan de orde geweest en daarin nader gepreciseerd. Dat geldt uitdrukkelijk voor termen als “deelneming aan”, “een organisatie”, “die tot oogmerk heeft het plegen van misdrijven” en “oprichters, leiders en bestuurders”. De nadere precisering van deze termen uit artikel 140 Sr is in beginsel ook van toepassing op artikel 140a Sr.⁷⁰ Zoals gezegd betreft het EHRM relevante nationale jurisprudentie bij toetsing aan artikel 7 EVRM. De termen “criminele organisatie” en “terroristische organisatie” zijn verder ook niet alleen bekend in het Nederlandse strafrecht, maar komen ook voor in andere nationale stelsels en in het internationale recht, hetgeen de aanvaardbaarheid ervan bevestigt en wellicht ook de noodzaak om ze te gebruiken. Bijvoorbeeld van betekenis in dit opzicht is dat verdragen van de Raad van Europa “participation in an organised criminal group” of betrokkenheid bij een “criminal organisation” als strafbaar feit erkennen of zelfs de strafbaarstelling daarvan verlangen.⁷¹ Voorts telt dat het EHRM ook in zaken waarin het ging om een veroordeling

⁶⁶ Zie J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 407.

⁶⁷ Zie vooral *Kamerstukken II* 2002-2003, 28 463, 8, p. 4-7 (Tweede nota van wijziging); *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 463, 10, p. 16-39 (Nota n.a.v. het nader verslag).

⁶⁸ Zie daarover P. Smith, *Strafbare voorbereiding* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2003, p. 180-193.

⁶⁹ Vgl. bijv. EHRM 26 januari 1999, *Garner v. the United Kingdom*, Appl. 38330/97, par. 2, waarin geklaagd werd over schending van artikel 7 EVRM vanwege een veroordeling wegens “conspiracy to obtain property by deception”, maar waarin noch de klacht noch de artikel 7-toetsing door het Hof op het begrip “conspiracy” zag.

⁷⁰ *Kamerstukken II* 2001-2002, 28 463, 3, p. 9 (MvT), en o.a. HR 2 februari 2010, *LJN BK5172*, r.o. 4.3 en 4.4.

⁷¹ Zie o.a. artikelen 3 lid 2, 9 lid 4, 17 lid 5 en de Appendix, onder a, van de *Council of Europe Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime and on the Financing of Terrorism* (Warschau, 16 mei 2005) en artikel 28 sub f van de *Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse* (Lanzarote, 25 oktober 2007).

wegens “membership of a terrorist organisation” deze termen voor zover bekend niet in strijd achtte met artikel 7 EVRM.⁷² Tot slot geldt wederom dat de termen in artikel 140a Sr niet wezenlijk vager of ruimer zijn dan veel andere binnen het strafrecht gangbare termen.

Veel van het bovenstaande geldt eveneens voor de bewoording voor de “gewapende strijd werft”. Deze bewoording is niet significant ruimer of vager dan veel andere geaccepteerde en gebruikelijke termen en bewoordingen in het strafrecht, terwijl de betekenis ervan is verhelderd door de toepassing van artikel 205 Sr in enkele Nederlandse strafzaken.⁷³ Daarbij komt dat het op zichzelf wat vage en nogal ruim begrip “gewapende strijd” in de context van de hele bepaling moet worden gezien. De bepaling ziet ook op “vreemde krijgsdienst”, welke term duidt op het gewapenderhand optreden in een oorlog. Bovendien blijkt uit de toelichting dat het bij het begrip “gewapende strijd” gaat om de gewapende “jihad” oftewel de “islamitische strijd”,⁷⁴ al lijkt het aannemelijk dat daaronder ook andere soorten gewapende strijd kunnen vallen. Het gaat dus om “fourth generation warfare”-achtige geweldshandelingen, zodat allerlei vormen van strijd met wapens – zoals bijvoorbeeld tussen voetbalsupporters of met militante krakers – er niet onder vallen.⁷⁵ Niet helemaal onbelangrijk is voorts dat artikel 6 van de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*⁷⁶ strafbaarstelling vereist van het opzettelijk en wederrechtelijk rekruteren voor het plegen van of deelnemen aan terroristische misdrijven of om deel te nemen aan een terroristische vereniging of groep, al moet worden toegegeven dat deze bepaling in enkele opzichten preciezer is dan artikel 205 Sr.⁷⁷ Overigens ziet ook het EHRM het tegengaan van rekrutering voor terrorisme als een legitiem doel in een democratische samenleving.⁷⁸

⁷² Zie o.a. EHRM 1 december 2005, *Kenar v. Turkey*, Appl. 67215/01, par. 7 en 8, en EHRM 27 april 2004, *Özüpek v. Turkey*, Appl. 60177/00, par. 4 en 5, in welke zaken de term niet aan artikel 7 EVRM wordt getoetst, terwijl deze bepaling overigens wel een rol speelt in deze zaken.

⁷³ Zie hiervoor paragraaf 3.1.b.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 463, 8, p. 4 (Tweede nota van wijziging).

⁷⁵ Bij “fourth generation warfare” gaat het om asymmetrische oorlogsvoering tussen een staat en een gewelddadige ideologische entiteit, waarbij er geen duidelijk scheidslijnen meer zijn tussen oorlog en politiek, militair en burger, gevecht en vrede, en het slagveld en de vredige openbare ruimte. De door die entiteit gevoerde strijd is daarbij gedecentraliseerd van aard en deze beoogt veelal met niet klassiek militaire wapens en technieken de kracht van de staat te ondermijnen en de zwakheden ervan uit te buiten. Daarbij geldt dat het uitgeoefende geweld niet per se rechtstreeks op de staatsinstellingen en -autoriteiten is gericht. Het begrip “fourth generation warfare” werd voor het eerst gemund en beschreven door W.S. Lind, K. Nightengale, J.F. Schmitt, J.W. Sutton & G.I. Wilson, ‘The Changing Face of War: Into the Fourth Generation’, *Marine Corps Gazette*, oktober 1989, p. 22-26.

⁷⁶ Warschau, 16 mei 2005.

⁷⁷ Artikel 6 luidt: “1. For the purposes of this Convention, ‘recruitment for terrorism’ means to solicit another person to commit or participate in the commission of a terrorist offence, or to join an association or group, for the purpose of contributing to the commission of one or more terrorist offences by the association or the group. 2. Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish recruitment for terrorism, as defined in paragraph 1, when committed unlawfully and intentionally, as a criminal offence under its domestic law.”

⁷⁸ EHRM 20 januari 2010, *Hogefeld v. Germany*, Appl. 35402/97.

Voorzienbaarheid wat betreft interpretatie en toepassing strafbaarstelling

Ten tweede impliceert de “voorzienbaarheid”-rechtspraak – vooral zelfs – vereisten die de interpretatie en toepassing van strafbepalingen aangaan. Aldus mogen strafbepalingen zoals opgemerkt niet (te) extensief ten nadele van de beklaagde worden uitgelegd en toegepast, moet die uitleg of toepassing overeenstemmen met de essentie van de strafbaarstelling en vooraf redelijkerwijs voorzienbaar zijn geweest, en is analogische toepassing aldus in elk geval uit den boze. Uit het voorgaande blijkt al dat voor de vraag of van een analogie sprake is niet alleen de tekst van de wet van belang is. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat het bij het analogie verbod in de zin van artikel 7 EVRM erom gaat of de uitleg of toepassing van een strafbepaling niet te ver afstaat van de essentie van de strafbaarstelling zoals die blijkt uit de tekst ervan én uit onder meer de daarop betrekking hebbende rechtspraak, overige rechtspraak en parlementaire stukken. Het EHRM neemt niet gemakkelijk een schending van artikel 7 EVRM aan vanwege te ruime uitlegging of toepassing van een strafbepaling, al is men daartoe eerder genegen dan tot het constateren van een schending omdat de tekst van de strafbaarstelling te vaag, ruim, algemeen of onprecies is. Enkele voorbeelden verduidelijken dit.

In de zaak-*Karademirci* stond de hiervoor al geciteerde bepaling “Associations shall not publish or distribute leaflets, written statements or *similar publications* [...]” centraal. Zoals gezegd was deze tekst als zodanig niet in strijd met het legaliteitsbeginsel volgens het Hof.⁷⁹ Maar dat de nationale strafrechter een publiekelijk voor de pers uitgesproken verklaring (“statement”) als een “similar publication” in de zin van deze strafbepaling aanmerkte, en op die grond terzake van deze strafbepaling een veroordeling uitsprak, schond volgens het Hof het analogieverbod en was aldus wel in strijd met het voorzienbaarheidsvereiste.⁸⁰ Ook in de zaak-*Liivik* constateerde het EHRM een schending daarvan.⁸¹ Liivik, een hoge ambtenaar belast met de privatisering van staatsbedrijven, werd vervolgd en veroordeeld vanwege het veroorzaken van een situatie waarin het behoud van aandelen van de staat in gevaar had kunnen komen (het gevaar had zich niet gerealiseerd) en omdat hij aanmerkelijke morele schade voor de belangen van de staat had veroorzaakt. De grondslag van de veroordeling was (het hiervoor al geciteerde) artikel 161 Sr-Estland: “Intentional *misuse* by an official of his or her official position, if it *causes significant damage* to the rights or interests of a person, enterprise, agency or organisation protected by law or to national interests [...]”.⁸² Het EHRM oordeelt dat Liivik op grond van deze bepaling niet redelijkerwijs kon voorzien dat ook het beweerdelijk door hem gecreëerde, maar niet gerealiseerde gevaar als het “veroorzaken van aanmerkelijke schade” (“*causes significant damage*”) in de zin van deze bepaling kon gelden.⁸³ Ook het onder deze termen laten vallen van de beweerdelijk veroorzaakte morele schade voor de staat acht het Hof onvoorzienbaar

⁷⁹ EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97, par. 39.

⁸⁰ Idem, par. 42.

⁸¹ EHRM 25 juni 2009, *Liivik v. Estonia*, Appl. 12157/05.

⁸² Idem, par. 78.

⁸³ Idem, par. 99.

en daarom in strijd met artikel 7 EVRM. Allereerst omdat die schade niet was bewezen, laat staan dat die aanmerkelijk was. Daarnaast omdat de veroordeling van Liivik aldus een wel heel ruime interpretatie van deze termen opleverde, aangezien de veroordeling hiermee impliceert dat in beginsel elk (beweerdelijk) onrechtmatig handelen door een ambtenaar zulke schade veronderstelt.⁸⁴ In zowel de zaak-*Karademirci* als de zaak-*Liivik* was tamelijk duidelijk van analogische interpretatie en toepassing sprake. Maar in situaties waarin dit minder evident het geval is met het EHRM niet gauw aan dat de interpretatie of toepassing onvoorzienbaar is.

In de zaak-*Custers, Deveaux & Turk* ging het om enkele Greenpeace activisten die zich hadden begeven in een gebied op Groenland dat als “defence area” gold.⁸⁵ Zij werden gearresteerd en later veroordeeld wegens overtreding van de volgende (hiervoor al genoemde) strafbepaling: “Any individual who without good cause [...] obtains access to another person’s house or *any other place not freely accessible* [...] may be convicted of trespassing”. Het gebied was niet afgezet met hekwerk of iets dergelijks, maar bij de reguliere toegangswegen tot het gebied stonden wel “Geen toegang”-bordjes. Feitelijk was het gebied dus “freely accessible”, juridisch niet. De Greenpeace activisten gingen het gebied echter niet in via de normale wegen, maar kwamen te voet over het land. Op het moment van arrestatie wisten zij niettemin dat ze in het gebied waren. Volgens het EHRM konden de activisten hebben voorzien dat het gebied niet vrij toegankelijk was in de zin van de strafbepaling.⁸⁶ Tot slot verdient ook de zaak-*C.R. v. the United Kingdom* vermelding.⁸⁷ Het ging hier om veroordeling van C.R. wegens poging tot verkrachting van zijn echtgenote. Hoewel de toepasselijke wetsbepaling geen immuniteit verschafte aan de man die zijn echtgenote verkracht, volgde zulke immuniteit wel uit de Engelse rechtspraak op grond van de “common law”: in de paar zaken waarin verkrachting binnen het huwelijk speelde had de Engelse rechter altijd ten minste enige vorm van immuniteit toegekend omdat de vrouw bij het huwelijk een fictieve toestemming tot geslachtsgemeenschap zou hebben gegeven. In de zaak-*C.R.* erkende de rechter deze immuniteit echter niet langer, hetgeen resulteerde in een veroordeling van C.R. wegens verkrachting. Het EHRM oordeelde deze veranderde opvatting in de Engelse rechtspraak voorzienbaar in de zin van artikel 7 EVRM. Daartoe woog het Hof onder meer mee dat de immuniteit regel al steeds verder beperkt werd in de rechtspraak en dat bescherming van de echtgenote overeenstemt met het doel van het EVRM.⁸⁸

Het voorgaande bevestigt dat het EHRM in beginsel alleen schending van artikel 7 EVRM wegens onvoorzienbaarheid zal aannemen in tamelijk evidente gevallen van analogie of “a flagrant non-observance or arbitrariness”⁸⁹ in de interpretatie of toepassing van een strafbepaling. Zolang de Nederlandse rechter dus een uitleg en toepassing geeft aan de

⁸⁴ Idem, par. 100.

⁸⁵ EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, Appl. 11843/03.

⁸⁶ Idem, par. 96-97.

⁸⁷ EHRM 27 oktober 1995, *C.R. v. the United Kingdom*, Appl. 20190/92.

⁸⁸ Idem, par. 39-44.

⁸⁹ EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, Appl. 11843/03, par. 84.

strafbepalingen in de Wet terroristische misdrijven die in een redelijk verband staat tot de essentie van die strafbepalingen, zal niet gauw sprake zijn van schending van artikel 7 EVRM. In elk geval in de volgende twee situaties kan echter een aanzienlijk risico van schending van het legaliteitsbeginsel ontstaan.

Dat zou ten eerste het geval kunnen zijn indien strafbare feiten worden geconstrueerd waaraan nauwelijks nog gedragingen ten grondslag liggen. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn bij veroordeling wegens voorbereiding van samenspanning en voorbereiding van deelneming aan een terroristische organisatie. Via dergelijke – juridisch mogelijke – constructies is het niet uitgesloten feiten binnen de reikwijdte van de strafwet te laten vallen ten aanzien waarvan het vooraf niet voorzienbaar was dat deze strafbaar zouden worden geacht. Dat zal nog des te bezwaarlijk zijn vanuit artikel 7 EVRM wanneer die feiten op zichzelf niet terroristisch van aard zijn.

In het verlengde hiervan ligt de tweede situatie, namelijk die waarin gedragingen als terroristisch worden aangemerkt terwijl ze dat niet werkelijk zijn. Ook dan kan de voorzienbaarheid gemakkelijk in het gedrang komen. Aldus zouden veroordelingen ter zake van terrorisme wegens bijvoorbeeld radicaal activisme (zoals door militante krakers of dierenactivisten), geweld door groepen die op ernstige ordeverstoringen uit zijn (zoals soms voetbalsupporters) of gestructureerd geweld van criminelen om hun markt te beschermen (misdaadorganisaties) het risico lopen in strijd met artikel 7 EVRM te komen. Dergelijke gedragingen staan immers nogal veraf van de essentie van de strafbaarstellingen in de Wet terroristische misdrijven, welke essentie immers ligt in het voorkomen en bestraffen van klassiek terrorisme of “fourth generation warfare”-achtige geweldshandelingen.

e. Conclusies over de Wet terroristische misdrijven

Wat betreft de houdbaarheid van de Wet terroristische misdrijven in het licht van de fundamentele rechten – in het bijzonder het EVRM – levert het voorgaande de volgende conclusies op.

1. De Nederlandse rechter heeft de Wet terroristische misdrijven – voor zover blijkt uit de gepubliceerde jurisprudentie – nog geen enkele keer getoetst aan het EVRM of andere fundamentele rechten.
2. Het EHRM heeft de Wet terroristische misdrijven of bepalingen daaruit tot op heden niet aan een van de bepalingen in het EVRM getoetst.
3. De Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa laat zich in zijn laatste rapport in tamelijk algemene zin kritisch uit over de Wet terroristische misdrijven vanwege de vage en ruime definities van misdrijven en de bestanddelen daarin; deze zouden zijns inziens kunnen leiden tot onrechtvaardige beperking van de uitoefening van mensenrechten en fundamentele vrijheden.
4. Weliswaar is de Wet terroristische misdrijven aan de orde geweest bij het VN Comité voor de Mensenrechten in de statenrapportageprocedure, maar het Comité deed

geen aanbevelingen ten aanzien van de wet. Bij de andere VN-verdragscomités en bij de VN-Mensenrechtenraad is de wet zelfs in het geheel geen voorwerp van discussie geweest.

De Wet terroristische misdrijven is hiervoor voorwerp van analyse op grond van jurisprudentie van het EHRM die niet direct op deze wet (en grotendeels zelfs niet op Nederland) betrekking heeft. In die analyse is jurisprudentie betrokken die niettemin wel relevant is voor de vraag of deze wet, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de rechten en vrijheden uit het EVRM. Dit levert de volgende conclusies op.

5. Ten einde te bepalen of de – strafbaarstellingen in de – Wet terroristische misdrijven en de beoogde toepassing daarvan in overeenstemming met de fundamentele rechten is, dient de analyse zich gelet op de aard en inhoud van die wet te concentreren op het legaliteitsbeginsel in artikel 7 EVRM.
6. De Wet terroristische misdrijven voldoet zonder meer aan het vereiste van toegankelijkheid (“accessibility”) in de zin van artikel 7 EVRM.
7. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de in de *strafbaarstellingen* uit de Wet terroristische misdrijven gebruikte formuleringen en termen bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 7 EVRM zouden worden geacht.
8. Het is onwaarschijnlijk dat *toepassing van de strafbaarstellingen* uit de Wet terroristische misdrijven bij toetsing door het Hof als onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 7 EVRM zou worden geacht wanneer de Nederlandse rechter een uitleg en toepassing daaraan geeft die in een redelijk verband staat tot de essentie van de desbetreffende strafbepaling.
9. Onder omstandigheden kan *toepassing van de strafbepalingen* uit de wet toch wel onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) zijn in de zin van artikel 7 EVRM. Dat risico bestaat ten eerste indien strafbare feiten worden geconstrueerd, waaraan nauwelijks nog gedragingen ten grondslag liggen (zoals zich zou kunnen voordoen bij veroordeling wegens voorbereiding van samenspanning en voorbereiding van deelneming aan een terroristische organisatie). En ten tweede indien terrorisme strafbaarstellingen zouden worden toegepast op gedrag dat in essentie niet werkelijk terroristisch is (zoals radicaal activisme, geweld door voetbalsupporters of geweld en bedreiging door misdaadorganisaties).

3.2 Wet training voor terrorisme (2009)

a. Inhoud en strekking van de wet

De *Wet van 12 juni 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen* (Wet training voor terrorisme) heeft deels betrekking op antiterrorisme maatregelen en deels op andere onderwerpen die hier aldus buiten beschouwing kunnen blijven.⁹⁰ Aangaande terrorisme voorziet de wet in de kern in het volgende.

- Uitbreiding van rechtsmacht voor misdrijven die een verzwaarde strafbedreiging kennen in het geval het feit wordt gepleegd met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken (artikel 4 sub 16 Sr).
- Strafbaarstelling van deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme (artikel 134a Sr) en in dat kader nadere bepaling van misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf (artikel 83b Sr).
- Strafverzwaring voor en aldus ook strafbaarstelling van: opruiing tot een terroristisch misdrijf of een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf (artikelen 131 lid 2 en 132 lid 3 Sr).
- Strafverzwaring voor de volgende delicten voor zover gepleegd ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf, en aldus ook strafbaarstelling daarvan: bedreiging met geweld of een misdrijf (artikel 285 lid 4 Sr), afdreiging (artikel 318 lid 2 Sr), verduistering (artikel 322a Sr), oplichting (artikel 326 lid 2 Sr), vernieling of beschadiging (artikel 354a Sr).
- Uitbreiding mogelijkheden ontzetting van de uitoefening van het beroep (voor wat betreft terrorisme vooral artikel 205 lid 2 Sr en voorts de artikelen 137h en 235 lid 1 Sr).

De strafbaarstelling inzake training voor terrorisme strekt mede tot implementatie van het *EU Kaderbesluit van de Raad van 28 november 2008 tot wijziging van Kaderbesluit 2002/475/JBZ inzake terrorismebestrijding*⁹¹ en hangt voorts samen met artikel 7 van de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*^{92, 93}. Beide internationale regelingen dwingen tot strafbaarstelling van onder meer training voor terrorisme. Door op te werpen dat “het voorkomen van terroristische aanslagen centraal staat” maakt de memorie

⁹⁰ Stb. 2009, 245. Inwerkingtreding van onderdelen die op terrorisme zien: 1 april 2010 (Stb. 2010, 139). Kamerstukken 31 386.

⁹¹ Kaderbesluit 2008/919/JBZ, PbEU L 330/21, 9.12.2008; inwerkingtreding: 9 december 2008.

⁹² Warschau, 16 mei 2005.

⁹³ Kamerstukken II 2008-2009, 31 386, 9, p. 4-6 (Nota van wijziging), en Kamerstukken II 2007-2008, 31 386, 3, p. 4-10 (MvT).

van toelichting duidelijk dat de wet daarnaast ook een meer materieel doel heeft. Voor dat voorkomen is de strafbaarstelling van voorbereidende handelingen cruciaal volgens de regering. Het doel van de wet is daaraan een bijdrage te leveren met de strafbaarstelling van deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme.⁹⁴

b. Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter

Voor wat betreft de op terrorisme betrekking hebbende bepalingen is de Wet training voor terrorisme op 1 april 2010 in werking getreden. Niet verwonderlijk is dan ook dat in de gepubliceerde rechtspraak nog niet van toepassing van deze bepalingen is gebleken, laat staan van toetsing aan fundamentele rechten ervan.

c. Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties

Gelet op voormelde recente inwerkingtreding van de op terrorisme betrekking hebbende bepalingen, is de Wet training voor terrorisme nog niet door het EHRM kunnen worden beoordeeld.

Ook de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa heeft zich er nog niet over uitgelaten. Interessant is dat de commissaris de Nederlandse autoriteiten wel heeft opgeroepen om tot ratificatie over te gaan van de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*⁹⁵, welke conventie zoals gezegd strafbaarstelling van onder meer training voor terrorisme vereist.⁹⁶ Nederland heeft dit verdrag inmiddels overigens ook geratificeerd.⁹⁷

Verder is de Wet training voor terrorisme ook bij geen van de VN-verdragscomités getoetst of besproken dan wel in concrete zaken aan de orde geweest. Ook in het kader van de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad is de wet niet behandeld.

d. Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM

In de Nederlandse juridische literatuur is een wezenlijke analyse van de Wet training voor terrorisme in het licht van bepalingen in het EVRM of andere fundamentele rechten achterwege gebleven. Wel kwamen tijdens de behandeling in het parlement van deze wet enkele kwesties rondom fundamentele rechten aan de orde. Een deel daarvan heeft betrekking op niet-terrorisme gerelateerde onderwerpen. Hier wel van belang is dat naar voren komt dat bij toepassing van enkele terrorismestrafbaarstellingen uit de Wet training

⁹⁴ *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 386, 3, p. 4-5 (MvT).

⁹⁵ Warschau, 16 mei 2005.

⁹⁶ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2, par. 8.

⁹⁷ Rijkswet van 4 maart 2010, houdende goedkeuring van het op 16 mei 2005 te Warschau totstandgekomen Verdrag van de Raad van Europa ter voorkoming van terrorisme (*Trb.* 2006, 34); inwerkingtreding wet: 24 maart 2010 (*Stb.* 2010, 120); inwerkingtreding verdrag voor Nederland: 1 november 2010.

voor terrorisme sprake is van een inbreuk – dat impliceert nog geen schending – op artikel 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting) en soms ook artikel 9 EVRM (vrijheid van religie).⁹⁸ Dat geldt in elk geval voor de strafbaarstellingen inzake opruiing tot een terroristisch misdrijf dan wel een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf (artikel 131 lid 2 Sr) en zodanige opruiing bij geschrift of afbeelding (artikel 132 lid 3 Sr). De toetsing aan deze bepalingen zal echter tamelijk summier zijn, nu opruiing als zodanig reeds lang strafbaar was voor invoering van de Wet training voor terrorisme en dus niet zozeer uitvloeisel is van de antiterrorismewetgeving.

Ook de strafbaarstellingen van deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme (artikel 134a Sr) en afdreiging gepleegd met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken (artikel 318 lid 2 Sr) kunnen binnen de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting en soms ook de vrijheid van religie komen. Deze strafbaarstellingen zullen wij daarom eveneens kort aan artikel 10 EVRM toetsen en summier aan artikel 9 EVRM. Bij die toets zullen wij voortbouwen op hetgeen reeds is opgemerkt over de opruiingsstrafbaarstellingen.

Voorts kwam in het parlement ook de vraag aan bod naar de mensenrechtelijke houdbaarheid van de bijkomende straf van ontzetting van de uitoefening van het beroep. Als het gaat om terrorisme kan deze straf door deze wet voortaan worden opgelegd bij veroordelingen wegens: in het beroep werven voor de gewapende strijd (artikel 205 lid 2 Sr); in het beroep opruien of bij geschrift of afbeelding opruien tot een terroristisch misdrijf of een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf (artikel 137h Sr jo. artikelen 131 lid 2 en 132 lid 3 Sr); in het beroep begaan van valsheid in geschrifte met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken (artikel 235 lid 1 Sr jo artikel 225 lid 3 Sr). Vanuit het EVRM bezien verdient ook deze kwestie enige aandacht op grond van artikel 10 en voorts is daarvoor het recht op privéleven in de zin van artikel 8 EVRM relevant. Beide bepalingen zullen wij dan ook in de toetsing betrekken. Niet zullen wij daarentegen ingaan op artikel 19 lid 3 Grondwet (recht op vrijheid van arbeidskeuze), artikel 6 van het Internationaal verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten en artikel 1 van het Europees Sociaal Handvest. Daaraan is reeds door de minister van Justitie afdoende aandacht besteed.⁹⁹ Zoals hierna nog zal blijken zijn sommige van deze bepalingen bovendien door het Hof in essentie in artikel 8 EVRM geïncorporeerd.

Allereerst zullen nu de strafbaarstellingen van deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme (artikelen 134a Sr en 83b Sr) en afdreiging gepleegd met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken (artikel 318 lid 2 Sr) worden gezien vanuit opnieuw het legaliteitsbeginsel in artikel 7 EVRM.

⁹⁸ *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 386, 3, p. 11-12 (MvT).

⁹⁹ *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 386, 12, p. 12 (Nota n.a.v. verslag),

d-i Strafbbaarstellingen en het legaliteitsbeginsel (artikel 7 EVRM)

Ook voor de strafbaarstellingen van deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme (artikelen 134a Sr en 83b Sr) en afdreiging gepleegd met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken (artikel 318 lid 2 Sr) geldt dat deze ingevolge artikel 7 EVRM moeten voldoen aan de hiervoor al behandelde vereisten van toegankelijkheid (“accessibility”) en voorzienbaarheid (“foreseeability”).¹⁰⁰

Om dezelfde redenen dat de Wet terroristische misdrijven zonder meer voldoet aan het toegankelijkheid vereiste, is ook de Wet training voor terrorisme daarmee in overeenstemming: publicatie in het Staatsblad en – ten overvloede – in algemeen verkrijgbare wettenbundels en op het Internet.¹⁰¹

Wat betreft de voorzienbaarheid van de strafbaarstellingen als zodanig is uiteraard in elk geval essentieel welke termen en bewoordingen daarin voorkomen. Artikel 134a Sr, dat deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme strafbaar stelt, luidt:

“Hij die zich of een ander opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaft of tracht te verschaffen tot het plegen van een terroristisch misdrijf dan wel een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf, dan wel zich kennis of vaardigheden daartoe verwerft of een ander bijbrengt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste acht jaren of geldboete van de vijfde categorie.”

Artikel 83b Sr biedt een limitatieve opsomming van de misdrijven die als “misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf” gelden. Een deel van de terminologie uit artikel 134a Sr en artikel 83b Sr komt ook voor in artikel 318 lid 2 Sr. Deze bepaling houdt in dat indien het in het eerste lid van dit artikel strafbaar gestelde afdreiging “wordt gepleegd met het oogmerk om een terroristisch misdrijf voor te bereiden of gemakkelijk te maken” dat de op het feit gestelde gevangenisstraf dan met een derde wordt verhoogd.

Hiervoor bleek al dat het EHRM niet snel wil aannemen dat een in de wet gebruikte term of formulering te vaag, te ruim, te algemeen of te onprecies is. Zoals wij hierboven al voor de strafbaarstellingen in de Wet terroristische misdrijven concluderen, geldt ook voor de artikelen 134a, 83b en 318 lid 2 Sr dat het gelet op de rechtspraak van het EHRM zeer onwaarschijnlijk lijkt dat de in deze bepalingen gebruikte formuleringen en termen door het Hof in strijd met artikel 7 EVRM zouden worden geacht omdat ze onvoorzienbaar zouden zijn.¹⁰² Deze conclusie vindt nog verdere versterking in het navolgende.

¹⁰⁰ Zie voor een uitgebreide bespreking van de uit artikel 7 EVRM voortvloeiende vereisten paragraaf 3.1.d-i.

¹⁰¹ Zie paragraaf 3.1.d-i. (onder: Toegankelijkheid).

¹⁰² Zie voor die rechtspraak paragraaf 3.1.d-i (onder: Voorzienbaarheid wat betreft strafbaarstelling zelf).

Zo telt dat deze bepalingen weliswaar nog niet in de Nederlandse strafrechtspraak zijn verhelderd, maar veel van de termen in deze strafbaarstellingen ook voorkomen in andere strafbepalingen, die veelal al wel in jurisprudentie zijn verduidelijkt. Het al dan niet “opzettelijk gelegenheid, middelen of inlichtingen verschaffen” komt bijvoorbeeld ook voor in artikel 47 lid 1 sub 2 Sr inzake uitlokking en in artikel 48 sub 2 Sr inzake medeplichtigheid. Het plegen van een misdrijf teneinde een ander misdrijf “voor te bereiden of gemakkelijk te maken” is ook een bestanddeel van de artikelen 288 en 312 Sr inzake gekwalificeerde doodslag respectievelijk gekwalificeerde diefstal. Daarnaast worden deze termen nader gelimiteerd door artikel 83b Sr. Ondertussen zijn deze bepalingen ook niet wezenlijk vager of ruimer dan veel andere – in Nederland en andere strafrechtssystemen – gangbare strafbaarstellingen. Bovendien zijn de strafbaarstellingen uit de Wet training voor terrorisme al wel nader toegelicht in parlementaire stukken.¹⁰³ Tot slot wordt de strafbaarstelling – in elk geval voor het bijbrengen van kennis of vaardigheden aan een ander – ook verlangd door artikel 7 van de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism*¹⁰⁴, het verdrag dus ten aanzien waarvan de Commissaris voor de Rechten van de Mens op ratificatie aandrong.

Tot slot moet behalve de strafbaarstelling zelf, ook de interpretatie en toepassing ervan voorzienbaar zijn. Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat dit in beginsel voldoende het geval is zolang niet tamelijk evident van analogische toepassing sprake is of van “a flagrant non-observance or arbitrariness” in de interpretatie of toepassing van de strafbepaling.¹⁰⁵ Ook nu geldt dus dat zich niet gauw een schending van artikel 7 EVRM zal voordoen zolang de Nederlandse rechter een uitleg en toepassing geeft aan de strafbepalingen in de Wet training voor terrorisme die in een redelijk verband staat tot de essentie van die strafbepalingen. In dat opzicht is er zeker een risico, in die zin dat vooral de formuleringen in artikel 134a Sr zich gemakkelijk lenen voor zeer brede toepassing, doordat er ook allerlei trainingen en vaardigheidslessen onder kunnen vallen die als zodanig volstrekt niet terroristisch van aard zijn. Daarbij kan het bijvoorbeeld gaan om vrijetijds-survival, vlieglessen, duiklessen en vechtsporten. Dat risico wordt groter naarmate het begrip terrorisme ruimer zou worden uitgelegd en zou worden toegepast op individuen of groepen die geen klassiek terrorisme of “fourth generation warfare”-achtige geweldshandelingen beogen maar niettemin wel gewelddadig of militant activistisch zijn.

¹⁰³ Zie o.a. *Kamerstukken II 2007-2008*, 31 386, 3, p. 5-10 (MvT).

¹⁰⁴ Warschau, 16 mei 2005. Artikel 7 luidt: “1. *For the purposes of this Convention, ‘training for terrorism’ means to provide instruction in the making or use of explosives, firearms or other weapons or noxious or hazardous substances, or in other specific methods or techniques, for the purpose of carrying out or contributing to the commission of a terrorist offence, knowing that the skills provided are intended to be used for this purpose.* 2. *Each Party shall adopt such measures as may be necessary to establish training for terrorism, as defined in paragraph 1, when committed unlawfully and intentionally, as a criminal offence under its domestic law.*”

¹⁰⁵ Zie voor die rechtspraak paragraaf 3.1.d-i (onder: Voorzienbaarheid wat betreft interpretatie en toepassing strafbaarstelling).

d-ii Strafbbaarstellingen en de vrijheid van meningsuiting (artikel 10 EVRM)

Toepassing van de strafbaarstellingen van opruiing tot een terroristisch misdrijf dan wel een misdrijf ter voorbereiding of vergemakkelijking van een terroristisch misdrijf (artikel 131 lid 2 Sr) en zodanige opruiing bij geschrift of afbeelding (artikel 132 lid 3 Sr) beperkt de mogelijkheid om zich te uiten. Die toepassing maakt in beginsel dan ook inbreuk op het recht op vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM. Onder meer bijzondere omstandigheden, namelijk voor zover die informatie religieus van aard is, kan ook artikel 9 EVRM van betekenis zijn. Beperking van deze rechten als gevolg van deze strafbaarstellingen is derhalve slechts toegestaan voor zover deze beperkingen voldoen aan de voorwaarden in artikel 10 lid 2 EVRM respectievelijk artikel 9 lid 2 EVRM. Omdat het toetsingsschema onder artikel 9 niet wezenlijk afwijkt van dat onder artikel 10, terwijl de laatstgenoemde bepaling hier duidelijk het meest relevant is, zullen wij in het navolgende op die bepaling concentreren. Overigens merken wij op voorhand op dat een beroep op artikel 10 EVRM (of artikel 9) kansloos is indien de betrokkene daadwerkelijk oproept tot haat of aanzet tot geweld of discriminatie. Veelal zal het er dus vooral om gaan – zoals aanstonds nader aan de orde komt – of een vermeende opruiing zodanige oproeping inderdaad impliceert en of de reactie van de autoriteiten proportioneel was.

Allereerst vereist artikel 10 lid 2 Sr dat beperkingen van de vrijheid van meningsuiting “bij de wet zijn voorzien”. De beperking moet dus een basis in de wet hebben. Met de opneming van deze beperkingen – dat wil zeggen: de strafbaarstellingen – in het Wetboek van Strafrecht is aan deze voorwaarden voldaan. Maar er is meer. Ook moet immers zijn voldaan aan dezelfde voorwaarden als die onder artikel 7 EVRM van toepassing zijn en die hiervoor al zijn behandeld¹⁰⁶: de wet moet toegankelijk (eis van “accessibility”) en voorzienbaar (eis van “foreseeability”) zijn.¹⁰⁷ Er is geen reden om aan te nemen dat dit niet het geval is. Terzake de eis van toegankelijkheid is hiervoor al geconcludeerd dat de Wet terroristische misdrijven hieraan voldoet.¹⁰⁸ Voor de eis van voorzienbaarheid geldt – gelet op de eerder besproken rechtspraak van het EHRM¹⁰⁹ – ook voor de artikelen 131 lid 2 jo lid 1 en 132 lid 3 jo lid 1 Sr dat het zeer onwaarschijnlijk lijkt dat de in deze bepalingen gebruikte formuleringen en termen door het Hof onvoorzienbaar zouden worden geacht. Zou de rechter in de toepassing van de bepaling echter tot analogie of “a flagrant non-observance or arbitrariness” vervallen, dan zal de beperking niet langer als voorzienbaar kunnen gelden en bijgevolg evenmin “bij de wet zijn voorzien”.¹¹⁰ Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien een veroordeling zou volgen vanwege een uiting die het EHRM als volstrekt niet opruiend kwalificeert.

¹⁰⁶ EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97, par. 33.

¹⁰⁷ Zie voor een uitgebreide bespreking van deze artikel 7 EVRM-vereisten paragraaf 3.1.d-i.

¹⁰⁸ Zie paragraaf 3.1.d-i (onder: Toegankelijkheid).

¹⁰⁹ Zie paragraaf 3.1.d-i (onder: Voorzienbaarheid wat betreft strafbaarstelling zelf).

¹¹⁰ EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97, par. 33-43.

Ten tweede is van belang dat artikel 10 lid 2 EVRM verlangt dat de beperking ten minste één van de negen in deze bepaling limitatief opgesomde legitieme doelen dient. Deze voorwaarde levert niet gauw problemen op in Straatsburg. Bij enigszins redelijk toepassing van de beperking – hier: de terrorisme gerelateerde strafbepalingen – zal het EHRM vrijwel zeker willen aannemen dat die toepassing plaatsvond in het belang van – afhankelijk van de concrete zaak – de nationale veiligheid en/of het belang van territoriale integriteit en/of het belang van openbare veiligheid en/of het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten en/of de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen.

Ten derde zal de beperking “in een democratische samenleving noodzakelijk” moeten zijn volgens artikel 10 lid 2 EVRM, hetgeen in elk geval een proportionaliteitstoets impliceert. Wanneer het EHRM schending van de vrijheid van meningsuiting vaststelt, hangt dat doorgaans samen met deze voorwaarde. Voor deze voorwaarde geldt meer dan voor de andere dat de vervulling ervan sterk afhangt van de specifieke feiten en omstandigheden in een concrete zaak. Zeker is dat toepassing van de artikelen 131 en 132 Sr onder omstandigheden noodzakelijk kan zijn, zodat de bepalingen als zodanig niet problematisch zijn in het licht van deze voorwaarde. Tegelijkertijd wil dat dus zeer zeker niet zeggen dat die noodzakelijkheid ook in een concrete zaak aanwezig is. Dat is zelfs niet zo indien de beperking – dat wil zeggen: de toepassing van de strafbepaling – ook daadwerkelijk plaatsvindt in het kader van terrorismebestrijding. Weliswaar hebben de autoriteiten een grotere beoordelingsruimte (“margin of appreciation”) in bijvoorbeeld het geval waar uitingen aanzetten tot geweld (zoals terrorisme) tegen een individu, een ambtenaar of een deel van de populatie, maar ook dan zal het EHRM toetsen of een strafrechtelijke veroordeling voor die uitingen in concreto noodzakelijk in een democratische samenleving was.¹¹¹ Een volledige uitwerking van de criteria die het Hof in zijn toetsing betreft zullen wij niet bieden omdat dit ver buiten het bestek van dit onderzoek zou gaan. Los daarvan zou dit overigens ook weinig nuttig zijn hier omdat – zoals gezegd – uiteindelijk de precieze feiten en omstandigheden in de concrete zaak cruciaal zullen zijn voor de vraag of een veroordeling is toegelaten of niet. Wel merken wij op dat in elk geval met het volgende rekening zal moeten worden gehouden bij de afweging of beperking van de vrijheid van meningsuiting door een strafrechtelijke veroordeling noodzakelijk is: de inhoud van de uiting (onder meer feitelijk of mening, genuanceerd of overdrijving, taalgebruik), de aard van de uiting (vooral politiek/maatschappelijke, journalistiek of artistiek), de persoon van degene die de gewraakte uiting deed (zoals politicus, journalist, geestelijke, opiniemaker, cabaretier, burger), de context waarin de uiting plaatsvond (bijvoorbeeld in explosieve situatie of in rustig debat), het middel via welk de uiting werd verspreid (zoals mondeling in gezelschap,

¹¹¹ Zie o.a. EHRM 8 juli 1999, *Sürek v. Turkey* (no. 2), Appl. 24122/94, par. 34 en 35-42 (schending artikel 10 EVRM).

via radio, televisie of pers, in boek, artikel of andere publicatie) en de vorm waarin de uiting is gedaan (bijvoorbeeld in interview, mondeling, schriftelijk).¹¹²

d-iii Strafbbaarstellingen en de vrijheden van meningsuiting (artikel 10 EVRM) en religie (artikel 9 EVRM)

Toepassing van de strafbaarstelling training voor terrorisme kan onder omstandigheden inbreuk maken op het recht op vrijheid van meningsuiting in de zin van artikel 10 EVRM en onder meer bijzondere omstandigheden ook op het recht op vrijheid van religie in artikel 9 EVRM. Artikel 134a Sr beperkt immers de mogelijkheid om inlichtingen (en dus “information”) te verschaffen en om kennis (en dus “information”) te verwerven. Zowel voor het verschaffen als het verkrijgen van informatie geldt in beginsel dat het daarvan beperken door de autoriteiten binnen de reikwijdte valt van artikel 10 lid 1 EVRM.¹¹³ Voor zover die informatie religieus van aard is kan ook artikel 9 EVRM van betekenis zijn. Onder omstandigheden zou voorts toepassing van artikel 318 lid 2 Sr inzake afdreiging inbreuk op artikel 10 lid 1 EVRM kunnen maken, aangezien “smaad, smaadschrift of openbaring van een geheim” alsook het dreigen daarmee het verstrekken van informatie in de zin van deze bepaling zou kunnen inhouden. Ook hier geldt: voor zover beperking van zodanige informatieverstrekking of de dreiging daarmee de vrijheid van religie raakt, kan ook artikel 9 EVRM een rol spelen. Zowel wat betreft artikel 10 als artikel 9 EVRM geldt hier hetzelfde als zojuist in relatie tot de strafbaarstellingen van opruiing tot een terroristisch misdrijf (artikel 131 lid 2 Sr en artikel 132 lid 3 Sr) is opgemerkt: al deze beperkingen zijn slechts toegestaan voor zover ze voldoen aan de voorwaarden in artikel 10 lid 2 EVRM respectievelijk artikel 9 lid 2 EVRM. Ook hier zullen wij de toetsing op artikel 10 EVRM concentreren.

Eerst het vereiste uit artikel 10 lid 2 EVRM: beperkingen van de vrijheid van meningsuiting moeten “bij de wet zijn voorzien”. Met de opneming van de strafbaarstellingen in het Wetboek van Strafrecht hebben de beperkingen in elk geval een basis in de wet. Voorts hebben wederom dezelfde voorwaarden die onder artikel 7 EVRM van toepassing zijn en die hiervoor al zijn behandeld ook hier relevantie:¹¹⁴ de wet moet toegankelijk (eis van “accessibility”) en voorzienbaar (eis van “foreseeability”) zijn.¹¹⁵ Hiervoor is al vastgesteld dat de Wet training voor terrorisme – net als de Wet terroristische misdrijven – aan de eis

¹¹² Zie uitgebreid M. Aksu, *Straatsburgse kaders voor terrorismebestrijding. EVRM, strafrecht en terrorisme* (diss. Nijmegen), Wolf Legal Publishers: Nijmegen, 2007, p. 141-167 en 217-225; D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press: Oxford, 2009, p. 454-455, 474-487.

¹¹³ Zie artikel 10 EVRM zelf: “[...] Dit recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om *inlichtingen of denkbbeelden te ontvangen of te verstrekken*, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen. [...]” (onze cursivering). Overigens: “inlichtingen” is in de Engelse versie van het EVRM “information”.

¹¹⁴ EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97, par. 33.

¹¹⁵ Zie voor een uitgebreide bespreking van deze artikel 7 EVRM-vereisten paragraaf 3.1.d-i.

van toegankelijkheid beantwoordt.¹¹⁶ Voor de eis van voorzienbaarheid geldt dat eveneens hiervoor reeds uiteen is gezet dat artikel 134a Sr daaraan naar alle waarschijnlijkheid voldoet.¹¹⁷ Aangaande afdreiging geldt dat dit als zodanig (zie artikel 318 lid 1 Sr) reeds lang strafbaar was voor invoering van de Wet training voor terrorisme, zodat dat deel van de strafbaarstelling hier strikt genomen geen toetsing behoeft. Niettemin oordelen wij voor de gehele strafbaarstelling (artikel 318 lid 2 jo lid 1 Sr) dat het – wederom gelet op de eerder besproken rechtspraak van het EHRM¹¹⁸ – zeer onwaarschijnlijk lijkt dat de in deze bepaling gebruikte formuleringen en termen door het Hof in strijd met artikel 7 EVRM zouden worden geacht omdat ze onvoorzienbaar zouden zijn. Zou de rechter in de toepassing van de bepaling echter tot analogie of “a flagrant non-observance or arbitrariness” vervallen, dan zal de beperking niet langer als voorzienbaar kunnen gelden en bijgevolg evenmin “bij de wet zijn voorzien”.¹¹⁹ Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien een veroordeling zou volgen vanwege het uitbrengen van een survival boek of iets dergelijks.

Ook de voorwaarde uit artikel 10 lid 2 EVRM dat de beperking ten minste één van de negen in deze bepaling limitatief opgesomde legitieme doelen dient, zal voor de artikel 134a Sr en artikel 318 Sr als zodanig zo goed als zeker geen problemen opleveren. Ook nu telt dat bij enigszins redelijk toepassing van de beperking – hier: de terrorisme gerelateerde strafbepalingen – het EHRM vrijwel zeker zal willen aannemen dat die toepassing plaatsvond in het belang van – afhankelijk van de concrete zaak – de nationale veiligheid en/of het belang van territoriale integriteit en/of het belang van openbare veiligheid en/of het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten en/of de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen.

De derde toepasselijke voorwaarde is dat de beperking “in een democratische samenleving noodzakelijk” moeten zijn. Het lijkt geen twijfel dat artikel 134a Sr en artikel 318 Sr op zichzelf niet problematisch zijn in dit opzicht. Ook deze strafbaarstellingen beogen immers strafrechtelijke bescherming aan burgers te bieden die aansluit bij door het EHRM geformuleerde doelen van het EVRM, terwijl uit de jurisprudentie van het Hof blijkt dat de inzet van het strafrecht daarbij als noodzakelijk kan gelden: bescherming tegen terroristische aanslagen, bescherming van de goede naam en bescherming tegen aanzetting tot geweld of andere misdrijven.¹²⁰ Cruciaal zal dus steeds zijn of de noodzakelijkheid ook in een concrete zaak aanwezig is. Zelfs indien de beperking – dat wil zeggen: de toepassing van de strafbepaling – ook daadwerkelijk plaatsvindt in het kader van terrorismebestrijding is

¹¹⁶ Zie paragraaf 3.2.d-i.

¹¹⁷ Zie paragraaf 3.2.d-i.

¹¹⁸ Zie paragraaf 3.1.d-i. (onder: Voorzienbaarheid wat betreft strafbaarstelling zelf).

¹¹⁹ EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97, par. 33-43.

¹²⁰ Zie met verdere verwijzingen bijv. EHRM 12 oktober 2010, *Saariisto v. Finland*, Appl. 184/06, par. 69; EHRM 24 februari 2009, *Długołęcki v. Poland*, Appl. 23806/03, par. 47; EHRM 12 april 2007, *Sever and Aslan v. Turkey*, Appl. 33675/02, par. 2; EHRM 19 september 2000, *Zana v. Turkey*, Appl. 29851/96, par. 2.

daarmee de noodzaak van de beperking nog niet gegeven voor het EHRM. Zie voor een opsomming van de bij de noodzakelijkheidstoetsing te hanteren criteria paragraaf 3.2.d-ii.

d-iv Ontzetting van het beroep en de vrijheden van meningsuiting (artikel 10 EVRM) en religie (artikel 9 EVRM)

Tot slot nog enkele opmerkingen vanuit artikel 10 EVRM (en artikel 9 EVRM) over de eventuele bestraffing van overtreding van artikel 134a Sr en artikel 318 lid 2 Sr (en overigens ook de artikelen 131 lid 2 en 132 lid 3 Sr). Deze bepalingen voorzien in tamelijk hoge maximumstraffen: 8 jaar in 134a Sr en 5 jaar in 4 maanden in artikel 318 lid 2 Sr (en overigens 6 jaar en 8 maanden in artikel 131 lid 2 Sr en 4 jaar in artikel 132 lid 3 Sr). Daarnaast is de bijkomende straf van ontzetting van het beroep ingevolge de Wet training voor terrorisme voortaan ook toepasbaar bij veroordeling voor bepaalde terrorismedelicten: artikel 205 Sr (werven voor de gewapende strijd), de artikelen 137h Sr jo 131 lid 2 en 132 lid 3 Sr (in het beroep opruien ten behoeve van terrorisme) en de artikelen 235 lid 1 Sr jo 225 lid 3 Sr (in het beroep begaan van valsheid in geschrifte ten behoeve van terrorisme). Mede gelet op het enorme gevaar dat van terrorisme kan uitgaan, lijken geen van deze straffen reeds op zichzelf in strijd met het EVRM (zie ook de volgende paragraaf). In concreto kan dat echter gemakkelijk anders zijn.¹²¹ Voor de vraag of een inbreuk op de vrijheid van meningsuiting noodzakelijk in de zin van artikel 10 lid 2 EVRM is, neemt het EHRM mede in beschouwing of die inbreuk ook gelet op de aard en hoogte van de opgelegde straffen proportioneel is.¹²² De straf zal in elk geval ten opzichte van het nagestreefde legitieme doel proportioneel moeten zijn en mogelijk ook – het EHRM is daarover niet geheel duidelijk – in verhouding tot het gepleegde strafbare feit (anders zou de staf immers een zogenoemd “chilling effect” op de vrijheid van meningsuiting kunnen hebben). Dat een veroordeling op terrorisme betrekking heeft maakt de straf dan ook nog niet per definitie proportioneel. Dit betekent dat een veroordeling op grond van een van deze bepalingen in een concrete zaak kan zijn toegelaten onder artikel 10 EVRM, maar dat toch sprake is van een schending van de vrijheid van meningsuiting omdat bij die veroordeling een onredelijk zware of ingrijpende straf is opgelegd. Ook bij de bestraffing terzake van deze terrorismedelicten zal de rechter dus rekening met artikel 10 EVRM moeten houden. Overigens is denkbaar dat een beroepsverbod inbreuk maakt op de vrijheid van religie in de zin van artikel 9 EVRM. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een beroepsverbod voor een geestelijk leider.¹²³ In dat geval is – erop gelet dat het toetsingschema van artikel 9 lid 2 EVRM sterk overeenstemt met dat van artikel 10 lid 2 – het voorgaande in beginsel mutatis mutandis van toepassing. In beginsel,

¹²¹ Zie voor de vraag of de straf “bij de wet is voorzien” en een legitiem doel dient hierna paragraaf 3.2.d-v.

¹²² Zie o.a. EHRM (GK), 15 december 2005, *Kyprianou v. Cyprus*, Appl. 73797/01, par. 171; EHRM 8 juni 2010, *Gül v. Turkey*, Appl. 4870/02, par. 43.

¹²³ Zie over de mogelijkheid daartoe *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 386, 3, p. 10 (MvT); *Handelingen II* 2008-2009, 20 januari 2009, 43-3796.

want denkbaar is dat het Hof een beroepsverbod voor geestelijken als nog ingrijpender beschouwt dan een beroepsverbod voor anderen.

d-v Ontzetting van het beroep en het recht op privéleven (artikel 8 EVRM)

Zoals daarnet nog opgemerkt is de bijkomende straf van ontzetting van de uitoefening van het beroep ingevolge de Wet training voor terrorisme voortaan ook toepasbaar bij veroordeling voor enkele terrorismedelicten (zie artikel 205 Sr, de artikelen 137h Sr jo 131 lid 2 en 132 lid 3 Sr en de artikelen 235 lid 1 Sr jo 225 lid 3 Sr). Hoewel het EVRM niet expliciet voorziet in een recht op arbeid, arbeidskeuze, arbeidsbescherming of iets dergelijks,¹²⁴ voorziet het EHRM (inmiddels) toch in enige bescherming daarvan via het recht op privéleven in de zin van artikel 8 EVRM. In relatie tot werk kent het Hof ter uitlegging van deze bepaling bijzonder gewicht toe aan artikel 1 lid 1 Europees Sociaal Handvest en de uitleg daarvan door het Europese Comité voor Sociale Rechten (ECSR), alsmede aan verschillende teksten van de International Labour Organisation (ILO) en de uitleg daarvan door the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR).¹²⁵ In de zaak- *Sidabras and Džiautas* overweegt het Hof dat “een verstrekkend verbod om in de private sector een betrekking te vervullen” binnen de reikwijdte valt van de notie privéleven in de zin van artikel 8 EVRM.¹²⁶ Niet helemaal duidelijk is wat een “verstrekkend verbod” inhoudt. Maar blijkt een ondersteunend criterium dat het EHRM hanteert doet dat zich in elk geval voor indien het verbod “in aanzienlijke mate” (“to a significant degree”) de mogelijkheid beïnvloedt om “relaties met de buitenwereld” aan te gaan en de mogelijkheid om een inkomen te verwerven “ernstig” aantast.¹²⁷ Vaststaat dat daarvan ook sprake kan zijn indien er mogelijkheden openblijven om in de private sector te werken doordat het verbod slechts bepaalde private sectoren betreft.¹²⁸ Dit is een belangrijke constatering aangezien een beroepsverbod ook niet een algeheel werkverbod impliceert. Dus in de zaak-*Campagnano* oordeelde het EHRM dat de opneming van iemand in een faillissementsregister, waardoor deze persoon van rechtswege niet meer mocht optreden als onder meer voogd, curator, bestuurslid van een bedrijf, handelaar in aandelen, accountant, arbiter, advocaat, notaris en ondernemingsadviseur, “quite clearly” inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM maakte.¹²⁹ Ook een ontslag kan zodanige inbreuk impliceren wanneer dat ontslag van wezenlijke invloed is op de kansen tot uitoefening van de professie waarvoor

¹²⁴ Zie EHRM (GK) 6 april 2000, *Thlimmenos v. Greece*, Appl. 34369/97, par. 41: “the right to freedom of profession [is] not being guaranteed by the Convention”.

¹²⁵ EHRM 27 juli 2004, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Appl. 55480/00, par. 47 en 31-32.

¹²⁶ Idem, par. 48.

¹²⁷ Idem, par. 48 en 50. Zie ook EHRM 24 november 2009, *Friend and Countryside Alliance v. the United Kingdom*, Appl. 16072/06, par. 45 (jachtverbod maakt i.c. geen inbreuk op artikel 8).

¹²⁸ EHRM 27 juli 2004, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Appl. 55480/00, par. 48.

¹²⁹ EHRM 23 maart 2006, *Campagnano v. Italy*, Appl. 77955/01, par. 54 en 58.

men is getraind en waarvoor men vaardigheden heeft opgedaan.¹³⁰ Hetzelfde geldt wanneer de autoriteiten een “negative security clearance” afgeven¹³¹ en mogelijk zelfs wanneer deze een werkvergunning weigeren¹³².

Gelet op deze rechtspraak moet in elk geval worden geconcludeerd dat een beroepsverbod inbreuk kan maken op het recht op privéleven in artikel 8 EVRM, en hoogstwaarschijnlijk zelfs dat het dat in beginsel altijd zal doen wanneer de veroordeelde daardoor daadwerkelijk wordt getroffen. Wanneer dat het geval is zal die inbreuk ingevolge artikel 8 lid 2 EVRM (dat soortgelijk is aan het reeds besproken artikel 10 lid 2 EVRM) bij wet moeten zijn voorzien, noodzakelijk moeten te zijn in een democratische samenleving en een door het EVRM erkend legitiem doel moeten nastreven.¹³³

Voor de voorwaarde dat de inbreuk een basis dient te hebben in de nationale wet hanteert het EHRM ruime criteria: niet alleen de wet in formele zin voldoet hier aan, ook lagere regelgeving, gewoonte of jurisprudentie kan worden gezien als “domestic law”.¹³⁴ Met de opneming van het beroepsverbod in het Wetboek van Strafrecht heeft de beperking dan ook een duidelijke basis in de wet. Voorts is die wet zonder meer toegankelijk. Verder is er geen reden om aan te nemen dat die wet onvoldoende voorzienbaar zou zijn (de straf bestaat overigens ook al langer; artikel 28 lid 1, sub 5 Sr). Weliswaar biedt de wet geen criteria die de rechter dient toe te passen bij zijn afweging omtrent het opleggen van een beroepsverbod, maar voor zover ons bekend worden dergelijke criteria ook niet door de bestaande Straatsburgse jurisprudentie vereist (ook niet op grond van artikel 7 EVRM). De standaard is dat ook een straf of maatregel duidelijk door de wet moet worden gedefinieerd.¹³⁵ Vooral nog valt daarom aan te nemen dat de beperking ook kwalitatief in voldoende mate bij de wet is voorzien. Zolang de rechter de wet niet toepast op veroordelingen waarvoor de wet niet de mogelijkheid tot oplegging van een beroepsverbod verschaft, is bovendien ook de toepassing van deze straf bij de wet voorzien. Voorts zal ook de voorwaarde uit artikel 8 lid 2 EVRM dat de beperking ten minste een van de in deze bepaling limitatief opgesomde legitieme doelen dient niet gauw op problemen stuiten. Het EHRM neemt nogal gemakkelijk aan dat daarvan sprake is.¹³⁶

Wederom zal het meestal dus aankomen op de voorwaarde dat de beperking – hier het opleggen van de bijkomende straf van ontzetting van de uitoefening van het beroep – noodzakelijk in een democratische samenleving is. Nu het EHRM niet ontkent dat beroepsverboden als zodanig noodzakelijk kunnen zijn, is de cruciale vraag dus weer of die

¹³⁰ EHRM 16 september 2008, *Pay v. the United Kingdom*, Appl. 32792/05, par. B (noodzakelijkheidstoets door Hof veronderstelt dat sprake van een inbreuk op artikel 8 EVRM was).

¹³¹ EHRM 14 februari 2006, *Turek v. Slovakia*, Appl. 57986/00, par. 110.

¹³² EHRM 24 februari 2005, *Coorplan-Jenni GmbH and Elvir Hascic v. Austria*, Appl. 10523/02, par. 2.

¹³³ Idem, par. 57. Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting van de voorwaarden uit artikel 8 lid 2 EVRM hieronder paragraaf 4.1.d-iv.

¹³⁴ Zie o.a. EHRM 24 april 1990, *Kruslin v. France*, Appl. 11801/85, par. 29.

¹³⁵ EHRM 22 juni 2000, *Coëme v. Belgium*, Appl. 32492/96, par. 145.

¹³⁶ Vgl. EHRM 23 maart 2006, *Campagnano v. Italy*, Appl. 77955/01, par. 60-62; EHRM 27 juli 2004, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Appl. 55480/00, par. 55.

noodzakelijkheid ook in de concrete zaak aanwezig is. Bij die toets geldt ten eerste dat het Hof strenger toetst – en de Staten dus minder ruimte voor zo’n verbod laat – indien het verbod het vervullen van een betrekking in de private sector betreft dan wanneer het daarbij om de publieke sector gaat.¹³⁷ Voorts is onder meer ook hier vereist dat er in concreto een redelijke link bestaat tussen het nagestreefde legitieme doel en het beroepsverbod.¹³⁸ Automatische toepassing van een beroepsverbod zal daarom al gauw over het noodzakelijkheidsvereiste struikelen.¹³⁹ Nu noodzakelijkheid ook proportionaliteit tussen inbreuk en doel veronderstelt, zal ook de zwaarte van de straf – hier de reikwijdte en duur van het beroepsverbod – in de toets moeten worden betrokken. Een beroepsverbod dat disproportioneel ten opzichte van het nagestreefde legitieme doel is, zal een schending van artikel 8 EVRM opleveren. Het Hof verlangt overigens niet uitdrukkelijk ook proportionaliteit tussen de straf en het gepleegde strafbare feit. Aangezien het “chilling effect”-argument hier niet speelt (anders dan bij artikel 10 EVRM; zie hierboven) ligt dat ook niet in de reden. Niettemin geldt vanzelfsprekend dat naarmate het feit minder zwaar is, in beginsel ook de noodzaak in een democratische samenleving om er met inbreuk op artikel 8 EVRM bestraffend tegen op te treden geringer zal zijn. Ook daarmee zal de rechter rekening moeten houden. Opleggen van een beroepsverbod verlangt derhalve een motivering die duidelijk maakt waarom het verbod – als zodanig, qua reikwijdte en wat betreft duur – in het geval van de concrete veroordeelde noodzakelijk is. Als zodanig staat er echter niets aan in de weg om beroepsverboden toe te passen.

e. Conclusies over de Wet training voor terrorisme

Hiervoor is gezien of de Wet training voor terrorisme – in het bijzonder de daarin opgenomen strafbaarstellingen en de bijkomende straf van ontzetting van de uitoefening van het beroep – reeds in het licht van fundamentele rechten aan de orde is geweest in de Nederlandse jurisprudentie en in internationale mensenrechten gremia. Vervolgens is de wet op grond van het EVRM nader geanalyseerd. Deze exercities leveren de volgende conclusies op.

1. De Nederlandse rechter heeft de Wet training voor terrorisme – voor zover blijkt uit de gepubliceerde jurisprudentie – nog geen enkele keer getoetst aan het EVRM dan wel aan andere fundamentele rechten (dat is niet verwonderlijk gelet op de tamelijk recente inwerkingtreding van de wet).
2. Het EHRM heeft de Wet training voor terrorisme of de toepassing van bepalingen daaruit tot op heden niet aan een van de bepalingen in het EVRM getoetst (dat is niet verwonderlijk gelet op de tamelijk recente inwerkingtreding van de wet).

¹³⁷ Vgl. EHRM, *Sidabras and Džiautas, a.w.*, par. 55; zie ook EHRM 7 april 2005, *Rainys and Gasparavičius v. Lithuania*, Appl. 70665/01, par. 36.

¹³⁸ Zie EHRM, *Sidabras and Džiautas, a.w.*, par. 59.

¹³⁹ Zie EHRM 23 maart 2006, *Campagnano v. Italy*, Appl. 77955/01, par. 63 en 65.

3. De Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa heeft zich nog niet uitgelaten over de Wet training voor terrorisme (dat is niet verwonderlijk aangezien de wet in het geheel nog niet bestond tijdens de laatste rapportage van de commissaris over Nederland.) Interessant is overigens dat de commissaris de Nederlandse autoriteiten toen wel heeft opgeroepen om de *Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism* te ratificeren; deze conventie vereist de strafbaarstelling van onder meer training voor terrorisme.
4. De Wet training voor terrorisme is bij geen van de VN-verdragscomités getoetst of besproken dan wel in concrete zaken aan de orde geweest. Ook in het kader van de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad is de wet niet behandeld.

Dit hoofdstuk bevat ook een analyse van de Wet training voor terrorisme op grond van jurisprudentie van het EHRM die niet direct op deze wet (en grotendeels zelfs niet op Nederland) betrekking heeft. In die analyse is jurisprudentie betrokken die niettemin wel relevant is voor de vraag of deze wet, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de rechten en vrijheden uit het EVRM. Dit levert de volgende conclusies op.

5. Ten einde te bepalen of de verschillende onderdelen uit de Wet training voor terrorisme en de beoogde toepassing van die onderdelen in overeenstemming met de fundamentele rechten zijn, dient de analyse zich gelet op de aard en inhoud van die wet primair te concentreren op het legaliteitsbeginsel in artikel 7 EVRM (voor de strafbaarstellingen), de vrijheid van meningsuiting in artikel 10 EVRM (voor enkele strafbaarstellingen en voor de strafoplegging en de bijkomende straf van het beroepsverbod) en artikel 8 EVRM (voor het beroepsverbod).
6. Toepassing van de Wet training voor terrorisme kan leiden tot inbreuken – dat is nog geen schending – op artikel 8 EVRM, artikel 9 EVRM en artikel 10 EVRM.
7. De Wet training voor terrorisme voldoet zonder meer aan het vereiste van toegankelijkheid (“accessibility”) in de zin van artikel 7 EVRM en (waar relevant) artikel 8 lid 2 EVRM en artikel 10 lid 2 EVRM. Dat geldt dus voor zowel de strafbaarstellingen daarin als de daarop gestelde straffen, waaronder de bijkomende straf van ontzetting van het beroep.
8. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de in de *strafbaarstellingen* uit de Wet training voor terrorisme gebruikte formuleringen en termen bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 7 EVRM of (waar relevant) artikel 10 lid 2 of artikel 9 lid 2 EVRM zouden worden geacht.
9. Het is onwaarschijnlijk dat de in de Wet training voor terrorisme geformuleerde *bijkomende straf van het beroepsverbod* bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 7 EVRM of artikel 8 lid 2 EVRM zou worden geacht.

10. Het is onwaarschijnlijk dat *toepassing van de strafbaarstellingen* van de Wet training voor terrorisme bij toetsing door het Hof als onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 7 EVRM of (voor zover relevant) artikel 10 lid 2 of artikel 9 lid 2 EVRM zou worden geacht. Dat geldt althans wanneer de Nederlandse rechter een uitleg en toepassing daaraan geeft die in een redelijk verband staat tot de essentie van de desbetreffende strafbepaling. Dat vooral de formuleringen in artikel 134a Sr zich gemakkelijk lenen voor zeer brede toepassing vormt in dit verband niettemin een risico.
11. Het is onwaarschijnlijk dat *toepassing van de bijkomende straf van het beroepsverbod* uit de Wet training voor terrorisme bij toetsing door het Hof als onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 7 EVRM, artikel 8 lid 2 EVRM of (voor zover relevant) artikel 9 lid 2 of artikel 10 lid 2 EVRM zou worden geacht. Dat geldt althans zolang de rechter de wet niet toepast op veroordelingen waarvoor de wet niet de mogelijkheid tot oplegging van een beroepsverbod verschaft.
12. Indien *toepassing van de bijkomende straf van het beroepsverbod* daadwerkelijk plaatsvindt in relatie tot een terrorisme strafbaarstelling is het zeer waarschijnlijk dat het Hof zou accepteren dat dit een legitiem doel dient in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM of (voor zover relevant) artikel 9 lid 2 of artikel 10 lid 2 EVRM zal worden aangemerkt.
13. Ook in terrorisme zaken zal *toepassing van de bijkomende straf van het beroepsverbod* niet steeds zonder meer kunnen gelden als noodzakelijk in een democratische samenleving in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM of (voor zover relevant) artikel 9 lid 2 of artikel 10 lid 2 EVRM. Dat risico doet zich met name voor indien de reikwijdte of duur van het verbod niet proportioneel is.

4 Strafprocesrechtelijke antiterrorisme regelgeving

Ook op strafvorderlijk terrein bracht de wetgever twee belangrijke antiterrorismewetten tot stand. Dat betreft de tamelijk omvangrijke Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven en voorts de Wet afgeschermdde getuigen. Op beide wetten zullen wij nu achtereenvolgens ingaan.

4.1 Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven (2006)

a. Inhoud en strekking van de wet

Met de *Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven* (Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven)¹⁴⁰ wordt beoogd eerder dan wel beter te kunnen optreden bij dreiging van strafbare feiten met een terroristisch oogmerk.¹⁴¹ Gezien de grote dreiging die van terroristische aanslagen uitgaat, moeten opsporingshandelingen waarvan kan worden verwacht dat deze kunnen helpen voorkomen dat een terroristische aanslag plaatsvindt, kunnen worden ingezet volgens de regering.¹⁴² De door de wet verruimde bevoegdheden zijn specifiek bedoeld voor het opsporen en vervolgen van terroristische misdrijven. De belangrijkste onderdelen van de wetswijziging zijn de volgende.

- Het schrappen van het vereiste van ernstige bezwaren voor het bevel tot bewaring in geval van verdenking van terroristische misdrijven (artikel 67 lid 4 Sv).
- Het verlengen van de duur van het bevel tot gevangenneming of gevangenhouding na negentig dagen gedurende hoogstens twee jaar in geval van verdenking van een terroristisch misdrijf (artikel 66 lid 3 Sv).
- Het invoeren van aparte afdelingen in het Wetboek van Strafvordering die voorzien in bijzondere opsporingsbevoegdheden voor het opsporen van terroristische misdrijven waarbij aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf voldoende grond biedt voor het inzetten van deze bevoegdheden (zie Afd. 1 t/m 3A van Titel VB Sv en Titel VC, Eerste boek, Sv).
- Het invoeren van een afdeling inzake het onderzoek van voorwerpen, vervoermiddelen en kleding in het kader van de opsporing van terroristische misdrijven, waarbij aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf voldoende grond biedt voor het inzetten van deze bevoegdheden (zie Afd. 4, Titel VB, Eerste boek, Sv).
- Het schrappen van de term “kennelijk” in de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in artikel 46 Sr.

¹⁴⁰ Stb. 2006, 580. Inwerkingtreding: 1 februari 2007 (Stb. 2006, 731). *Kamerstukken* 30 164.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 2 (MvT).

¹⁴² *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 2 (MvT).

Het laatstgenoemde onderdeel betreft uiteraard geen wijziging van het strafprocesrecht maar van het materiële strafrecht. Niettemin zullen wij daaraan ook in dit hoofdstuk aandacht besteden nu een uitgebreide verhandeling in het licht van de fundamentele rechten daarvoor niet nodig is.

b. Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter

Er zijn ons geen uitspraken van de Nederlandse rechter bekend waarin de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven een rol speelt of wordt genoemd, laat staan dat deze wordt getoetst aan fundamentele rechten. Een voor de hand liggende verklaring daarvoor is dat personen die te maken krijgen met uitvoering van de bevoegdheden van deze wet, en die daarvan op de hoogte zijn ten tijde van het proces (vgl. artikel 126bb Sv), deze bevoegdheden niet ter discussie stellen voor de rechter. Daarnaast is relevant dat de nieuwe bevoegdheden niet veel worden gebruikt.¹⁴³

c. Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties

De Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven is tot op heden nog niet door het EHRM aan een van de bepalingen van het EVRM getoetst.

Wel spreekt de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa in zijn rapport naar aanleiding van zijn laatste bezoek aan Nederland zijn zorgen uit over de wet.¹⁴⁴ De commissaris constateert spanning met het recht op verdediging (“equality of arms”) nu inzage in de processtukken meer dan twee jaar lang kan worden beperkt.¹⁴⁵ Verder uit hij zijn zorgen over mogelijke conflicten met het recht op bewegingsvrijheid en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, daar de wet weinig nauwkeurig omschreven definities hanteert.¹⁴⁶ Ook beveelt de commissaris de autoriteiten aan om ervoor te zorgen dat antiterrorisme maatregelen, waarbij hij ook het tappen van telefoons noemt, met effectieve procedurele waarborgen zijn omgeven en onder volledige rechterlijke

¹⁴³ Uit onderzoek blijkt dat twee jaar na inwerkingtreding van de wet betrekkelijk weinig gevallen gebruik is gemaakt van de nieuwe opsporingsbevoegdheden; zie voor gedetailleerdere informatie C.J. de Poot e.a., *De opsporing verruimd? De Wet opsporing terroristische misdrijven een jaar in werking*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC Cahier, 2008, p. 41; B. van Gestel e.a., *Signalen van terrorisme en de opsporingspraktijk. De Wet opsporing terroristische misdrijven twee jaar in werking*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC Cahier, 2009, p. 41-42.

¹⁴⁴ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2. Overigens geeft de Nederlandse regering in reactie op deze kritiek aan van mening te zijn dat de Nederlandse antiterrorismemaatregelen in overeenstemming zijn met de aanbevelingen van de Commissaris: zie bij het rapport ‘Appendix 2: The Netherlands government’s response to the report’, par. 36-37; eveneens opgenomen in *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 700 V, 95, p. 16-17 (par. 36-37).

¹⁴⁵ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2, par. 171.

¹⁴⁶ Idem, par. 171.

controle staan. Kennelijk oordeelt hij dat de huidige wet, die al een rechterlijke machtiging voor opnemen van vertrouwelijke communicatie vereist (artikel 126zf Sv), onvoldoende materiële aanknopingspunten biedt voor de rechter om toepassing van deze bijzondere opsporingsmethoden daadwerkelijk volledig te toetsen.

Ook binnen de VN was er de nodige aandacht voor verscheidene bevoegdheden uit de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven. Dat gebeurde niet naar aanleiding van individuele klachten in concrete zaken, maar wel in het kader van rapportageprocedures. Het op het IVBPR toezicht houdende VN Comité voor de Mensenrechten verzocht expliciet om een beschrijving van de wet. Daarbij vroeg het Comité naar de conformiteit van de wet met de rechten in het IVBPR en of de wet afwijkt van strafprocessuele wetgeving die voor gewone strafzaken geldt. Meer in het bijzonder wilde het weten hoe (dus niet: of) voorlopige hechtenis voor meer dan twee jaar in overeenstemming is met artikel 9 IVBPR (recht op vrijheid) en artikel 14 IVBPR (recht op een eerlijk proces).¹⁴⁷ Nederland antwoordde daarop met een uiterst korte beschrijving van de wet. Voorts voerde het aan dat de wetgeving voldoet aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid, en dat de principes van proportionaliteit en subsidiariteit worden vervuld. Over langdure voorlopige hechtenis van terrorisme verdachten merkte het op dat ook daarvoor een redelijke verdenking nodig is, terwijl de voorwaarden strenger worden toegepast naar mate de detentie langer duurt, en de verdachte rechtsmiddelen tot zijn beschikking heeft. Ten slotte stelde Nederland op basis van een uitgebreidere uiteenzetting van de regelgeving inzake de mogelijkheid om de verdediging inzage te onthouden in processtukken tot een maximum van ruim 27 maanden dat er geen reden is om te veronderstellen dat de mogelijkheid daartoe in strijd is met de artikelen 9 en 14 IVBPR.¹⁴⁸ Een en ander kon het Comité voor de Mensenrechten kennelijk niet geheel overtuigen.¹⁴⁹ Het spreekt zijn zorg uit over de mogelijkheid van voorlopige hechtenis van meer dan twee jaar en stelt dat Nederland dient te verzekeren dat een ieder binnen redelijke termijn wordt berecht en dat de lengte van het voorarrest niet in strijd komt met dit recht.

Voorts werd de wet besproken in het kader van de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad.¹⁵⁰ Nederland noemt de wet in zijn rapport.¹⁵¹ Vanuit de Raad (om precies te zijn: vanuit de Working Group on the Universal Periodic Review) is niet specifiek op de wet ingegaan. Het kwam slechts tot de algemene aanbeveling aan Nederland om bij de implementatie van antiterrorisme maatregelen mensenrechten te respecteren, inclusief

¹⁴⁷ Human Rights Committee, *List of issues to be taken up in connection with the Consideration of the fourth periodic report of the Netherlands* (49th Session, 2008), CCPR/C/NLD/Q/4, 25 November 2008, par. 3.

¹⁴⁸ Human Rights Committee, *Replies to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the fourth periodic report of the Netherlands*, CCPR/C/NLD/Q/4/Add.1, 5 June 2009, par. 6 en 10-12.

¹⁴⁹ Human Rights Committee, *Concluding Observations, the Netherlands* (96th Session, 2009), CCPR/C/NLD/CO/4, 25 August 2009, par. 12 en 14.

¹⁵⁰ Zie ook Human Rights Council, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/3, 13 March 2008, par. 31-32.

¹⁵¹ Human Rights Council, *National report submitted in accordance with paragraph 15(a) of the annex to human rights council resolution 5/1, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/1, 7 March 2008, par. 79.

het recht op een eerlijk proces en het recht op vrijheid (Zwitserland), en om te overwegen alle antiterrorisme wetgeving te herzien en deze in lijn te brengen met de hoogste mensenrechtenstandaarden (Cuba).¹⁵² In de respons op deze aanbeveling zegt Nederland de aanbeveling te steunen om vervolgens te stellen dat de Nederlandse antiterrorisme wetgeving volledig in overeenstemming is met de standaarden van de internationale mensenrechten.¹⁵³

d. Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM

In verschillende adviezen aan de regering met betrekking tot de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven wordt op een aantal punten spanning met het EVRM geconstateerd. Zo oordeelden de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) en het College bescherming persoonsgegevens (CBP) de term “aanwijzingen” te vaag en te algemeen in verband met artikel 8 EVRM. Ook de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) bracht in dat er een ongerechtvaardigde inbreuk op artikel 8 EVRM zou worden gemaakt. Bovendien betwijfelde de NOvA, met de RvdR en de NVvR, of het wegvallen van het vereiste van “ernstige bezwaren” voor bewaring in geval van een terroristisch misdrijf in overeenstemming met artikel 5 EVRM is. Verder twijfelden de NVvR en de RvdR er aan of het langer onthouden van inzage in de processtukken in overeenstemming is met artikel 5 en 6 EVRM.¹⁵⁴ De regering bestrijdt dit alles in de memorie van toelichting.¹⁵⁵ Tijdens de parlementaire behandeling komen wederom vragen op of bovengenoemde rechten niet worden beperkt.¹⁵⁶ Ook in Nederlandse juridische literatuur worden bovenstaande punten veelvuldig aangesneden.¹⁵⁷ Dit is voldoende reden om nader

¹⁵² Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, The Netherlands* (8th Session, 2009), A/HRC/8/31, 13 May 2008, par. 78 (punt 29).

¹⁵³ Human Rights Council, *Addendum. Response of the Kingdom of the Netherlands to the recommendations it received during the universal periodic review on 15 April 2008* (8th Session, 2009), A/HRC/8/31/Add.1, 25 August 2008, par. 40 (bij Recommendation 29).

¹⁵⁴ NVvR, *Advies inzake het wetsvoorstel bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven*, Den Haag 24 december 2004; NOvA, *Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht inzake het wetsontwerp opsporing en vervolging terroristische misdrijven*, Rotterdam 17 december 2004; RvdR, *Advies wetsvoorstel opsporing van terroristische misdrijven*, Den Haag 23 december 2004.

¹⁵⁵ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 10-12, 26-27 en 29-32 (MvT).

¹⁵⁶ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 6, p. 6, 7, 18 en 20 (Verslag), *Handelingen II* 2005-2006, 21 maart 2006, 56-3678 (Kamerlid Dittrich), 56-3681-82 (Kamerlid de Wit), *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 164, C, p.6 (Voorlopig verslag), *Handelingen I* 2005-2006, 29 november 2006, 5-168-181, 5-216-229.

¹⁵⁷ Zie bijv. P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Terrorismebestrijding door marginalisering strafvordelijke waarborgen’, *NJB* 2005, 8, p. 397-400 (zie ook de uitgebreidere versie op: >>www.portill.nl/articles/vankempen/VanKempen_1.PDF<<); Th.A. de Roos, ‘Opsporingsbevoegdheden verruimd in strijd tegen terrorisme; De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet’, *Advocatenblad* 2006, 4, p. 176-180; T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, ‘Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven’, *DD*, 2006, 79, p. 1107-1126; N.J.M. Kwakman, ‘Het recht op inzage in de processtukken: EHRM-proof?’, *Strafblad* 2006, 4, p. 500-508; R. van den Munckhof & L. Stöpler, ‘NJCM-commentaar terrorismewetgeving. Terrorismebestrijding kan hand in hand gaan met mensenrechten’, *NTM (NJCM-Bul.)* 2006, 31, p. 618-634; P. van der Kruijs, ‘Strafvordelijke terrorismebestrijding’, *Strafblad* 2005,

te bezien of de wet voldoet aan de eisen gesteld in artikel 5, artikel 6 en artikel 8 EVRM. Aan het slot staan we overigens vanuit artikel 7 EVRM nog zeer kort stil bij het in artikel 46 Sr schrappen van de term “kennelijk”.

d-i Het wegvallen van ernstige bezwaren bij bewaring (artikel 5 lid 1 sub c EVRM)

Ingevolge de wetswijziging zijn ernstige bezwaren niet langer vereist voor een bevel tot bewaring bij verdenking van een terroristisch misdrijf. Dit betekent dat een redelijk vermoeden van schuld dan volstaat. Op grond van artikel 5 lid 1 sub c EVRM is voorlopige hechtenis onder andere mogelijk indien er een redelijke verdenking bestaat dat de persoon een strafbaar feit heeft begaan. Ernstige bezwaren zijn dus niet vereist. Volgens het Hof houdt een redelijke verdenking in dat er “facts or information” aanwezig zijn “which would satisfy an objective observer that the person concerned may have committed the offence”.¹⁵⁸ Een redelijk vermoeden van schuld in het Nederlandse strafproces dient voort te vloeien uit feiten of omstandigheden.¹⁵⁹ Dit vereiste benadrukt het objectieve karakter van een redelijk vermoeden van schuld. In zoverre sluit het goed aan bij de eisen die door het EHRM worden gesteld aan “a reasonable suspicion”.

Maar zelfs indien dit anders zou zijn zou de wetswijziging nog niet per definitie in strijd zijn met artikel 5 lid 1 sub c EVRM. Zelfs ingeval voor voorlopige hechtenis wettelijk minder dan een redelijke verdenking vereist is – wat in Nederland dus niet zo is – kijkt het Hof enkel naar de omstandigheden van het geval. Dit blijkt uit de zaken *Murray* en *Fox, Campbell and Hartley*¹⁶⁰, waar het nationale vereiste “a honest or genuine suspicion” was, waar aldus het objectieve element, zoals het EVRM dat vereist en zoals ook de Nederlandse wet dat als eis stelt, ontbreekt. Niettemin kijkt het Hof ook in zo’n geval enkel naar de voorgelegde casus en toetst het slechts of in concreto is voldaan aan het vereiste van “a reasonable suspicion”.¹⁶¹ Tegelijkertijd is het natuurlijk wel zo dat indien de nationale wet strengere eisen stelt aan voorlopige hechtenis, de kans dat er schending van het EVRM wordt geconstateerd aanzienlijk afneemt.

Ondertussen moet worden bedacht dat veel zaken waarin het gaat om verdenking van terroristische misdrijven zijn gegrond op informatie van de AIVD. Informatie dus waarbij openbaring van onderliggende stukken en feiten veelal niet mogelijk is zodat het wel geopenbaarde deel van de informatie doorgaans moeilijk is te controleren en vaak weinig houvast biedt voor een concrete verdenking. In de memorie van toelichting geeft de minister aan dat “gelet op het grote aantal slachtoffers dat bij een dergelijke aanslag kan vallen,

4, p. 444-450; K. Veegens, ‘Het staatsburgse recht op vrijheid en veiligheid en Nederlandse verdenkingscriteria voor “terrorismeverdachten”’, *NTM (NJCM-Bul.)* 2006, 31, p. 182-204.

¹⁵⁸ EHRM 30 augustus 1990, *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, Appl. 12244/86, par. 31-32.

¹⁵⁹ G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p.88. Zie ook artikel 27 Sv.

¹⁶⁰ EHRM 30 augustus 1990, *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, Appl. 12244/86; EHRM 28 oktober 1994 (GK), *Murray v. the United Kingdom*, Appl. 14310/88.

¹⁶¹ EHRM, *Fox, Campbell and Hartley, a.w.*, par. 31.

daadwerkelijk optreden tegen mogelijke betrokkenen niet kan worden uitgesteld. Deze factoren leiden ertoe dat inverzekeringstelling zich in deze gevallen op basis van een betrekkelijk lichte verdenking kan voordoen. Het is dan ongewenst dat een bevel tot bewaring door de rechter vervolgens achterwege blijft als het onderzoek in de beschikbare korte periode te weinig heeft opgeleverd.”¹⁶² Met een “betrekkelijk lichte verdenking” lijkt de minister te doelen op bijvoorbeeld een anonieme tip of een anonieme getuige, dan wel een ambtsbericht van de AIVD.¹⁶³ Daarom is het – hoewel dit niet een noodzakelijke consequentie van de wetswijziging is – nuttig om te bezien in hoeverre geheime informatie voldoende grondslag kan bieden voor voorlopige hechtenis.

Het EHRM heeft hierover opgemerkt dat “the police may frequently have to arrest a suspected terrorist on the basis of information which is reliable but which cannot, without putting in jeopardy the source of the information, be revealed to the suspect or produced in court to support a charge. (...) Nevertheless, the exigencies of dealing with terrorist crimes cannot justify stretching the notion of ‘reasonableness’ to the point where the essence of the safeguard secured by article 5 par. 1 (c) is impaired”.¹⁶⁴ Hierbij overweegt het Hof bovendien dat de autoriteiten “have to furnish at least some facts or information capable of satisfying the court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence.”¹⁶⁵ Wat dit meer in concreto betekent, tonen de volgende zaken.

In *Fox, Campbell and Hartley*¹⁶⁶ weigerde de overheid informatie te geven die ten grondslag lag aan de verdenking, omdat dit staatsgevoelige informatie zou zijn. Om de redelijke verdenking kracht bij te zetten voert de regering aan dat de verdachten eerder waren veroordeeld voor een terroristisch misdrijf en dat hun tijdens het verhoor vragen werden gesteld over de specifieke delicten waarvan zij werden verdacht. Met dit laatste argument tracht de regering te bewijzen dat de opsporingsambtenaar de arrestaties uitvoerde op basis van “a bona fide or genuine suspicion”. Het Hof overweegt echter dat “a bona fide or genuine suspicion” niet voldoende is voor een redelijke verdenking, en dat ook het feit dat verdachten eerder waren veroordeeld voor een terroristisch misdrijf nog geen redelijke verdenking oplevert.

De zaak-*Murray*¹⁶⁷ betreft een aanhouding op verdenking van inzameling van geld om daarmee wapens te kopen voor de IRA. De politieagente die de aanhouding uitvoerde werd in een briefing door haar superieur verteld dat en waarom Murray van dit feit werd verdacht en geïnstrueerd om Murray aan te houden.¹⁶⁸ De specifieke informatie op grond waarvan

¹⁶² *Kamerstukken II* 2004-05, 30 164, nr.3, p.26.

¹⁶³ Hoewel de minister in de nota naar aanleiding van het verslag (*Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 7, p. 29) aangeeft met de opmerking “betrekkelijk lichte verdenking” alleen het onderscheid tussen een redelijke verdenking en ernstige bezwaren te willen maken, blijkt ook uit overige kamerstukken dat een redelijke verdenking in het geval van een dreigend terroristisch misdrijf inderdaad vaak zal bestaan uit bijvoorbeeld een anonieme tip; zie vooral *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 7, p. 30-31 (Nota n.a.v. het verslag); *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 12, p. 12-13 (Brief van de minister van Justitie).

¹⁶⁴ EHRM 30 augustus 1990, *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, Appl. 12244/86, par. 32.

¹⁶⁵ Idem, par. 34.

¹⁶⁶ EHRM, *Fox, Campbell and Hartley*, a.w.

¹⁶⁷ EHRM (GK) 28 oktober 1994, *Murray v. the United Kingdom*, Appl. 14310/88.

¹⁶⁸ Idem, par. 11, 20 en 24.

werd aangehouden bleef voor de verdachte geheim, maar haar werd wel meegedeeld dat zij op basis van deze geheime informatie werd verdacht. Overigens was de aanhouding mede ingegeven door enige wel openbare informatie: haar beide broers waren veroordeeld voor wapenhandel, verdachte was onlangs op bezoek geweest bij haar broers en in het vonnis van haar broers werd verwezen naar een hulpverstrekkende bron uit Ierland, waar klager op dat moment woonde. Dit en het feit dat de politieagent “was described as a honest witness”, terwijl uit stukken bleek dat klager oprecht verdacht werd van genoemde feiten zodat er in elk geval ook een “genuine” of “honest suspicion” was, vond het Hof voldoende om een “reasonable suspicion” aan te nemen. Daarbij speelde mee dat de periode waarin de verdachte werd vastgehouden slechts vier uur duurde.¹⁶⁹ Bovendien lijkt het Hof het in het bijzonder van belang te vinden dat het om verdenking van een *terroristisch* misdrijf gaat, nu het uitdrukkelijk wijst op “the special exigencies of investigation terrorist crime” bij het oordeel dat er een “reasonable suspicion” is.¹⁷⁰

In de zaak-*O’Hara* werd de verdachte in voorlopige hechtenis geplaatst op grond van de informatie van vier geheime informanten die onafhankelijk van elkaar bezwarende verklaringen hadden afgelegd over klager.¹⁷¹ Klager spande daarna tevergeefs een nationale procedure tegen de overheid aan waarbij hij de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis aanvocht. Het Hof oordeelde dat artikel 5 EVRM niet was geschonden. Het Hof vergelijkt de kwestie met de zaken-*Murray* en -*Fox, Campbell and Hartley*.¹⁷² Allereerst telt dat in deze zaak een zwaarder verdengkingscriterium van toepassing is dan in *Murray* en -*Fox, Campbell and Hartley*: in plaats van slechts een “honest suspicion” vereiste de toepasselijke bepaling in de zaak-*O’Hara* een “honest suspicion on reasonable grounds”.¹⁷³ Verder overweegt het Hof dat de arrestatie de indruk gaf dat er sprake was van “a pre-planned operation”, aangezien deze net als in *Murray* was gebaseerd op een briefing van een superieur. Voorts wijst het Hof erop dat de aanhouding ook was gebaseerd op “slightly more specific detail” dan waarvan sprake was in de zaak-*Fox, Campbell and Hartley*. Relevant daarbij lijkt ook dat de verdenking was gericht op een specifiek delict, zoals in *Murray* en anders dan in *Fox, Campbell and Hartley*. Het arrest-*O’Hara* doet vermoeden dat het Hof laat meespelen dat klager tijdens de nationale procedure waarin hij rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis bestrijdt niet vroeg naar de inhoud van de geheime informatie noch verzocht om de betrokken politieambtenaren te ondervragen of om relevant schriftelijk bewijs te onthullen. Mogelijk meent het EHRM dat deze niet voor de hand liggende inactiviteit van de klager in zekere zin de inhoudelijke betrouwbaarheid van de informatie bevestigt. Onduidelijk is of en zo ja in hoeverre het Hof anders had geoordeeld indien klager actie had ondernomen informatie rondom de geheime bron boven tafel te krijgen en hem desondanks niet meer informatie was overhandigd.

¹⁶⁹ Idem, par. 56.

¹⁷⁰ Idem, par. 63.

¹⁷¹ EHRM 16 november 2001, *O’Hara v. United Kingdom*, Appl. 37555/97.

¹⁷² Idem, par. 41-44.

¹⁷³ Idem, par. 38.

Het voorgaande leidt in elk geval tot de conclusie dat het Hof geen strenge eisen aan “a reasonable suspicion” lijkt te stellen. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan ook anonieme informatie voldoende grondslag bieden voor voorlopige hechtenis. Daartoe zal die tip wel ten minste behoorlijke inhoudelijke substantie moeten hebben; deze zal bijvoorbeeld voldoende specifieke details over de betrokkenheid van de verdachte bij een concreet strafbaar feit moeten bevatten. Ingeval bij zo’n anonieme tip of anonieme getuigenverklaring ondersteunend bewijs wordt aangedragen zal al vrij gemakkelijk van een “reasonable suspicion” kunnen worden gesproken.¹⁷⁴

Uiteindelijk fungeert het vereiste van een redelijke verdenking voornamelijk als aanvangsvoorwaarde voor voorlopige hechtenis. Na verloop van tijd biedt een redelijke verdenking *alleen* niet voldoende grond voor het voortzetten van de voorlopig hechtenis van verdachten.¹⁷⁵ De autoriteiten moeten dan aanvullende relevante en toereikende gronden aanvoeren om de voortdurend van de vrijheidsbeneming te rechtvaardigen. Wanneer een redelijke verdenking niet meer voldoende grond biedt voor voorlopige hechtenis is onduidelijk. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt niet dat dit na enkele weken al het geval zou zijn.¹⁷⁶ In de zaak-*Bouchet* beoordeelt het Hof een periode van negen weken waarin de verdachte in voorlopige hechtenis zat op basis van een redelijke verdenking niet als onrechtmatig.¹⁷⁷ Hoewel het hier in zoverre een bijzonder zaak betrof dat relevant was dat de verdachte een agressieve en narcistische persoonlijkheid had, zal een periode van bijna drie weken voorarrest op basis van een redelijke verdenking vooralsnog niet gauw een probleem zijn.¹⁷⁸

d-ii Beperkte toegang tot de processtukken en detentie (artikel 5 lid 3 en lid 4 EVRM)

Uit de memorie van toelichting volgt dat het verlengen van de duur van het bevel tot gevangenneming/-houding tot doel heeft bepaalde processtukken langer aan de verdediging te kunnen onthouden.¹⁷⁹ Ingevolge artikel 30 Sv is het tijdens het gerechtelijk vooronderzoek mogelijk de verdachte de kennisneming van bepaalde processtukken te ontfemen. Artikel

¹⁷⁴ Zie ook Rb. Rotterdam 18 december 2002, *LJN* AF2141, Hof ‘s Gravenhage 21 juni 2004, *LJN* AP2058, Rb. Rotterdam 31 december 2002, *LJN* AF2579, en Hof ‘s Gravenhage 17 januari 2003, *LJN* AF3039.

¹⁷⁵ Zie bijv. EHRM 17 augustus 1992, *Tomasi v. France*, Appl. 12850/87, par. 84 ; onlangs nog bevestigd in EHRM (GK) 21 januari 2009, *Bykov v. Russia*, Appl. 4378/02, par. 64.

¹⁷⁶ Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Het conceptvoorstel voorkoming, opsporing en vervolging van terroristische misdrijven: terrorisme bestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen.’, p. 2 (te vinden op >>www.njb.nl<< (2005, nr. 8) of >>www.portill.nl/articles/vankempen/VanKempen_1.PDF<<), onder verwijzing naar EHRM (GK) 6 april 2000, *Labita v. Italy*, Appl. 26772/95, par. 153-159, en EHRM 20 april 2004, *G.K v. Poland*, Appl. 38816/97, par. 82-86.

¹⁷⁷ EHRM 20 maart 2001, *Bouchet v. France*, Appl. 33591/96, onleend aan L. Stevens, ‘De praktijk van de Nederlandse voorlopige hechtenis vanuit Straatsburgs perspectief: “Klaag niet te snel”’, *DD* 2008, 35, p. 506.

¹⁷⁸ De maximale periode voorlopige hechtenis tot aan de bewaring bestaat uit 15 uur ophouding voor onderzoek, tweemaal 3 dagen in verzekeringstelling en 14 dagen bewaring.

¹⁷⁹ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 29 (MvT).

33 Sv bepaalt dat de kennisneming van de processtukken de verdachte niet meer kan worden onthouden zodra het gerechtelijk vooronderzoek is beëindigd of, indien een gerechtelijk vooronderzoek niet heeft plaatsgehad, zodra de kennisgeving van verdere vervolging of de dagvaarding ter terechtzitting in eerste aanleg aan hem is betekend, dan wel een strafbeschikking aan hem is uitgevaardigd. Nu de voorlopige hechtenis kan worden verlengd tot maximaal 27 maanden en twee weken voordat het onderzoek ter terechtzitting dient aan te vangen, kan de verdachte ruim 27 maanden lang slechts beperkte inzage in de processtukken worden gegeven. In de volgende subparagraaf zal deze mogelijkheid vanuit het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM aan de orde komen, hier gaan we in op het recht op vrijheid uit artikel 5 EVRM.

Op grond van artikel 5 lid 4 EVRM heeft eenieder die door arrestatie of detentie van zijn vrijheid is ontnomen het recht om voorziening te vragen bij een rechterlijke instantie die over de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis dient te beslissen. Deze rechterlijke procedure dient bepaalde procedurele waarborgen te omvatten. In onder meer de zaak-Schöps overweegt het Hof in overeenstemming met wat inmiddels als vaste rechtspraak geldt:

“A court examining an appeal against detention must provide guarantees of a judicial procedure. The proceedings must be adversarial and must always ensure “equality of arms” between the parties, the prosecutor and the detained person. Equality of arms is not ensured if counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention. [...]

It thus follows that, in view of the dramatic impact of deprivation of liberty on the fundamental rights of the person concerned, proceedings conducted under Article 5 § 4 of the Convention should in principle also meet, to the largest extent possible under the circumstances of an ongoing investigation, the basic requirements of a fair trial, such as the right to an adversarial procedure.”¹⁸⁰

Uit de zaak-Schöps blijkt dat de mate waarin de verdachte of diens advocaat toegang heeft tot de stukken in het dossier af kan hangen van de complexiteit van de zaak.¹⁸¹ In Schöps was de zaak complex en steunde de verdenking derhalve op een grote hoeveelheid materiaal, waarnaar slechts in algemene termen werd verwezen. De verdachte kreeg ten tijde van de eerste vordering tot verlenging helemaal geen toegang tot het dossier en ten tijde van de tweede vordering tot verlenging slechts tot 22 stukken, terwijl het dossier op dat moment ten minste 72 stukken telde. Het Hof achtte beide beslissingen tot verlenging van voorlopige

¹⁸⁰ EHRM 13 februari 2001, *Schöps v. Germany*, Appl 25116/94, par. 44. Onlangs nog bevestigd in EHRM (GK) 9 juli 2009, *Mooren v. Germany*, Appl. 11364/03, par. 124; EHRM 15 januari 2008, *Łaszkiwicz v. Poland*, Appl. 28481/03, par. 78.

¹⁸¹ EHRM, *Schöps, a.w.*, par. 50.

hechtenis in strijd met artikel 5 lid 4 EVRM, nu de verdachte, gezien de complexiteit van de zaak en de zeer beperkte toegang tot het dossier, nauwelijks de kans had de vordering tot verlenging van voorlopige hechtenis te bestrijden. Het voorgaande impliceert ondertussen ook dat deze verdragsbepaling niet betekent dat de verdediging zonder meer volledige inzage in het procesdossier moet worden gegeven. Zoals zelfs geldt voor het onderzoek ter terechtzitting,¹⁸² telt ook hier dat daaraan om redenen van nationale veiligheid beperkingen kunnen worden gesteld, mits daarvoor voldoende compensatie plaatsvindt en mits de verdediging de verdenking effectief kan aanvechten.¹⁸³

De Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven maakt het zoals gezegd mogelijk dat de verdachte gedurende meer dan 27 maanden geen toegang of beperkt toegang tot de processtukken heeft. Het beletten van toegang tot het dossier was al voor de wetswijziging mogelijk. Het verschil is dat dit nu *langer* mogelijk is doordat het onderzoek ter terechtzitting niet na 104 dagen hoeft te beginnen. Dat de wet in deze mogelijkheid voorziet is als zodanig niet in strijd met artikel 5 lid 4 EVRM. Wel zou *toepassing* van de wet in strijd kunnen komen met artikel 5 lid 4 EVRM. Goed denkbaar is immers dat de verdachte ook na 104 dagen en mogelijk zelfs tot ruim 27 maanden de toegang wordt onthouden tot documenten in het strafdossier die essentieel zijn om de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis effectief ter discussie te kunnen stellen. Nu stelt het EHRM – voor zover ons bekend – geen absolute beperkingen aan de duur van de periode waarin de verdachte toegang tot gedeelten van het dossier wordt onthouden. Dat betekent echter niet dat die periode niet van belang kan zijn. Hiervoor kwam aan de orde dat alleen een redelijke verdenking na verloop van tijd niet voldoende grond voor het voortzetten van de voorlopig hechtenis van verdachten biedt en dat de autoriteiten daartoe dan aanvullende gronden dienen aan te voeren die relevant zijn en toereikend.¹⁸⁴ Als gevolg van deze indertijd zwaarder wordende eis kan het noodzakelijk zijn dat naarmate de tijd vordert ook de toegang tot het dossier voor de verdediging wordt verruimd. Dat is niet anders in terrorisme zaken.¹⁸⁵

Ondertussen heeft het voorgaande ook implicaties voor de rechter gelet op de in zwaarte toenemende motiveringsplichten die ingevolge artikel 5 lid 3 EVRM voor de rechter bij voortdurende detentie gelden.¹⁸⁶ Overigens vloeien die plichten onzes inziens eveneens voort uit artikel 5 lid 4 EVRM, aangezien ook voor die procedure geldt dat deze zoveel mogelijk aan de eisen van een eerlijk proces dient te voldoen, hetgeen mede het gelden van motiveringsplichten impliceert. Uit de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven en de toelichting op de wet valt op te maken dat ook de raadkamer niet op de hoogte zal zijn van de stukken die voor de verdediging worden achtergehouden. Maar tegelijkertijd zal de rechter naarmate de voorlopige hechtenis langer duurt aanvullende gronden dienen aan te

¹⁸² Zie paragraaf 4.2.d-i.

¹⁸³ Zie EHRM (GK) 19 februari 2009, *A. v. the United Kingdom*, Appl. 3455/05, par. 204-205, 218 en 222-224.

¹⁸⁴ Zie hiervoor paragraaf 4.1.d-i.

¹⁸⁵ EHRM (GK) 19 februari 2009, *A. v. the United Kingdom*, Appl. 3455/05, par. 204-205, 218 en 222-224.

¹⁸⁶ Zie o.a. EHRM (GK) 21 januari 2009, *Bykov v. Russia*, Appl. 4378/02, par. 61-68.

voeren die relevant zijn en toereikend om het voorarrest te rechtvaardigen. Gedurende de mogelijk ruim 27 maanden waarin de rechter beperkte toegang heeft tot het dossier neemt aldus het risico toe dat deze niet langer voldoende in staat is om een vordering tot verlenging van voorlopige hechtenis te beoordelen en de eventuele toewijzing daarvan afdoende te motiveren. Indien dat het geval is zal de rechter de verdachte in vrijheid moeten stellen. Van een schending van artikel 5 EVRM zal dan geen sprake zijn. Voorstelbaar is echter dat het openbaar ministerie met een enigszins onderbouwd beroep op de dreiging van een terroristische aanslag de rechter weet te overtuigen om de vordering tot verlenging toe te wijzen ondanks de te beperkte inzage in het dossier. De magere motivering van de toewijzing die daarvan het gevolg zal zijn impliceert dan een aanzienlijk risico op schending van artikel 5 lid 4 EVRM.

d-iii Beperkte toegang tot de processtukken en het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM)

Ingevolge artikel 6 lid 3 sub a EVRM dient een ieder tegen wie een vervolging wordt ingesteld onverwijld op de hoogte te worden gebracht van de tegen hem ingebrachte beschuldiging. Het Hof stelt geen hoge eisen aan deze verplichting. Een omschrijving van het feit en de juridische kwalificatie daarvan is voldoende.¹⁸⁷ Het zal normaal gesproken dus geen schending van artikel 6 lid 3 sub a EVRM opleveren ingeval processtukken voor verdachte niet toegankelijk zijn op dat moment. Dat neemt niet weg dat inzage in processtukken wel kan bijdragen aan het inzicht van de verdachte in de feiten waarop het strafrechtelijke onderzoek ziet en waarvoor hij later mogelijk zal worden vervolgd.¹⁸⁸

Ingevolge artikel 6 lid 3 sub b EVRM dient de verdachte over voldoende tijd en faciliteiten te beschikken ter voorbereiding van zijn verdediging. Hoeveel tijd de verdachte nodig heeft is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Van belang zijn onder andere de complexiteit van de zaak¹⁸⁹, of de zaak in eerste aanleg wordt behandeld of in hoger beroep¹⁹⁰, of de verdachte zichzelf verdedigt of een advocaat heeft¹⁹¹, de werklast van de advocaat¹⁹², de vraag of de verdediging in zijn processuele verdedigingsbelangen is geschaad¹⁹³ en de vraag of de verdachte of diens raadsman om opschorting heeft verzocht¹⁹⁴. Het feit dat verdachte ruim 27 maanden beperkte toegang kan hebben tot zijn dossier kan tot gevolg hebben dat hij bepaalde stukken pas op het laatste moment kan zien, terwijl deze stukken al langere tijd in het bezit van het openbaar ministerie zijn. In de zaak-

¹⁸⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 december 1989, *Brozicek v. Italy*, Appl. 10964/84, par. 42, en EHRM 23 september 1998, *Steel v. the United Kingdom*, Appl. 24838/94, par. 89.

¹⁸⁸ Vgl. EHRM (GK) 25 maart 1999, *Pélissier and Sassi v. France*, Appl. 25444/94, par. 51-63.

¹⁸⁹ EHRM 10 februari 1983, *Albert and le Compte v. Belgium*, Appl. 7299/75, 7496/76, par. 41.

¹⁹⁰ EHRM 2 juli 1991, *Huber v. Austria*, Appl. 5523/72, par. 17.

¹⁹¹ EHRM 11 februari 1967, *X v. Austria*, Appl. 2370/64, par. 22.

¹⁹² EHRM 12 oktober 1978, *X en Y v. Austria*, Appl. 7909/77, par. 15.

¹⁹³ EHRM 21 september 1993, *Kremzow v. Austria*, Appl. 12350/86, par. 53-56.

¹⁹⁴ EHRM 28 juni 1984, *Campbell and Fell v. United Kingdom*, Appl. 7819/77, 7878/77, par. 98.

Kremzow stelde klager dat hij onvoldoende tijd had gehad om zijn verdediging voor te bereiden omdat hij de conclusie van de advocaat-generaal pas drie weken voor de terechtzitting had ontvangen terwijl de Oostenrijkse Hoge Raad dit stuk al een jaar in zijn bezit had. Het Hof achtte deze periode echter voldoende lang. Overigens wijst het EHRM erop dat de klager inzage had kunnen verzoeken en er geen redenen waren om aan te nemen dat hem dit geweigerd zou worden.¹⁹⁵

Uit dit arrest valt op te maken dat het Hof er niet per se bijzonder belang aan toekent dat een verdachte pas op een later moment de tijd krijgt de processtukken in te zien, terwijl de stukken al veel eerder in het bezit van de rechter zijn. Ondertussen blijkt uit de Straatsburgse jurisprudentie – bijvoorbeeld die inzake anonieme getuigen en die over geheime staatsinformatie – dat het Hof er als zodanig eveneens geen bezwaar tegen heeft wanneer de vervolgende instantie al geruime tijd stukken in haar bezit heeft, terwijl de verdediging de stukken pas enkele weken voor de terechtzitting ontvangt. Het gaat primair om de voorbereidingstijd in verhouding tot hierboven genoemde criteria. Of daar aan wordt voldaan zal afhangen van de omstandigheden van het geval.

d-iv Bijzondere opsporingsbevoegdheden en het recht op privéleven (artikel 8 EVRM)

In de nieuwe Titels VA en VB (Eerste boek, Sv) zijn ten minste twee onderdelen te onderscheiden die nader aandacht in het licht van artikel 8 EVRM verdienen. Allereerst betreft dat de bijzondere opsporingsbevoegdheden in de tweede en derde afdeling van Titel VB. Dit betreft bevoegdheden als stelselmatige observatie¹⁹⁶, pseudo-koop en -dienstverlening¹⁹⁷, stelselmatige inwinning van informatie¹⁹⁸, betreding van een gesloten plaats¹⁹⁹, infiltratie²⁰⁰, opnemng van vertrouwelijke communicatie en opnemng van telecommunicatie²⁰¹. Voor deze bevoegdheden vereist de wet in plaats van een verdenking van een misdrijf ingeval van terrorisme slechts dat er aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf bestaan.²⁰² Daarnaast gaat het om de bevoegdheden in de vierde afdeling van Titel VB, welke bevoegdheden verleent tot fouillering en onderzoek van voorwerpen en vervoermiddelen ingeval er aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf zijn.

¹⁹⁵ EHRM 21 september 1993, *Kremzow v. Austria*, Appl. 12350/86, par. 45-50.

¹⁹⁶ Artikel 126zd lid 1, sub a Sv.

¹⁹⁷ Artikel 126zd lid 1, sub b Sv.

¹⁹⁸ Artikel 126zd lid 1, sub c Sv.

¹⁹⁹ Artikel 126zd lid 1, sub d Sv.

²⁰⁰ Artikel 126ze Sv.

²⁰¹ Artikel 126zg Sv.

²⁰² Voor de bevoegdheden in artikel 126zd wordt daarnaast vereist dat dit in het belang van het onderzoek plaatsvindt, de bevoegdheden in artikel 126ze en 126zg vinden alleen plaats indien het onderzoek dit dringend vordert en de bevoegdheid in artikel 126zf kan enkel worden uitgevoerd indien het onderzoek dit dringend vordert en de rechter-commissaris een machtiging afgeeft.

Het is evident dat toepassing van al de genoemde bevoegdheden inbreuk maakt op het recht op privéleven in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM. Aldus rijst de vraag of zodanig toepassing gerechtvaardigd is gelet op de drie voorwaarden die voortvloeien uit het tweede lid van deze bepaling. Daartoe zal de inbreuk – te weten: toepassing van de bevoegdheid – allereerst bij wet moeten zijn voorzien. De beperking dient daartoe een basis te hebben in de nationale wet. Hieraan is voldaan nu de beperkingen van artikel 8 zijn opgenomen in het Wetboek van Strafvordering. Dit is echter niet het enige vereiste zoals eerder al aan de orde kwam.²⁰³ De wet zal ook aan een aantal kwaliteitseisen moeten voldoen: de wet moet toegankelijk zijn (eis van “accessibility”) en voorzienbaar zijn (eis van “foreseeability”), zodat er voldoende bescherming is tegen willekeur.²⁰⁴

Toegankelijkheid (“accessibility”)

Het is duidelijk dat de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven in elk geval aan het vereiste van toegankelijkheid voldoet. De wet is immers gepubliceerd in het Staatsblad²⁰⁵ en een dusdanige publicatie voldoet volgens jurisprudentie van het EHRM aan het vereiste van toegankelijkheid.²⁰⁶ Overigens is de wet ook toegankelijk via onder meer wettenbundels en het Internet.

Voorzienbaarheid (“foreseeability”)

Lastiger is de vraag of de wet aan het vereiste van voorzienbaarheid voldoet. Ingevolge de jurisprudentie van het Hof moet de wet dusdanig precies worden geformuleerd dat een ieder in staat is “if need be with appropriate advice- to regulate his conduct.”²⁰⁷ Of dit zo is moet van geval tot geval worden bekeken, daar de voorzienbaarheid slechts is vereist “to a degree that is reasonable in the circumstances”.²⁰⁸ Bovendien geldt dat “the level of precision required of domestic legislation – which cannot in any case provide for every eventuality – depends to a considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed”²⁰⁹ en “what is required by way of safeguard will depend, to some extent at least, on the nature and extent of the interference in question”.²¹⁰

Over wetgeving die een discretionaire bevoegdheid verleent bij het beperken van een recht uit artikel 8 EVRM overweegt het Hof dat dit is toegestaan maar dat “a law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion, although the detailed procedures and conditions to be observed do not necessarily have to be incorporated in

²⁰³ Zie o.a. paragrafen 3.2.d-v.

²⁰⁴ Idem, par. 27.

²⁰⁵ Stb. 2006, 580. Inwerkingtreding: 1 februari 2007 (Stb. 2006, 731).

²⁰⁶ Zie bijv. ook EHRM 30 maart 1989, *Chappell v. the United Kingdom*, Appl. 10461/83, par. 56.

²⁰⁷ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 76.

²⁰⁸ EHRM 25 maart 1983, *Silver and others v the United Kingdom*, Appl. 5947/72, par. 88.

²⁰⁹ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 77.

²¹⁰ EHRM 25 september 2001, *P.G and J.H. v. the United Kingdom, Koninkrijk*, Appl. 44787/98, par. 46. Zie ook EHRM 2 september 2010, *Uzun v. Germany*, Appl. 35623/05, par. 63-74.

rules of substantive law.”²¹¹ Hoe de bevoegdheid precies moet worden omschreven hangt af van het onderwerp waarop die ziet.²¹² In de zaak-*Malone* ging het bijvoorbeeld om heimelijk af luisteren van communicatie. Volgens het EHRM zou het daarbij toekennen van een onbegrensde bevoegdheid in strijd zijn met “the rule of law”. Aldus dient de wet het legitieme doel van de bevoegdheid in acht te nemen en in relatie daartoe de reikwijdte van de discretionaire bevoegdheid en de wijze waarop de autoriteiten deze kunnen uitoefenen voldoende duidelijk nader te bepalen, ten einde het individu tegen arbitraire inbreuken op zijn rechten te beschermen”²¹³

Het begrip “aanwijzingen”

De nieuwe Titel VA en Titel VB verschaffen de bevoegdheid tot het toepassen van allerlei bijzondere opsporingsmethoden wanneer er “aanwijzingen van een terroristisch misdrijf” zijn. Er is sprake van aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf indien de beschikbare informatie feiten en omstandigheden bevat die erop duiden dat daadwerkelijk een terroristisch misdrijf is of zal worden gepleegd.²¹⁴ In de memorie van toelichting noemt de minister drie situaties waarin sprake is van “aanwijzingen” en de bevoegdheden inzetbaar zijn.

- Een eerste situatie is dat er feiten of omstandigheden zijn waarvan de juistheid niet verifieerbaar is of waarvan de herkomst niet of onvoldoende kan worden onderzocht. Aanwijzingen die bestaan uit zachte informatie kunnen met andere woorden volstaan voor de inzet van de onderhavige bevoegdheden. De minister noemt als voorbeeld een anonieme tip die specifieke gegevens over een aanslag bevat. Ook als deze tip in een concreet geval zo wordt gewogen dat zij geen verdenking oplevert kan zij toepassing van de onderhavige bevoegdheden rechtvaardigen volgens de minister. Waarschijnlijk doelt hij hiermee op tips die weinig substantie hebben omdat ze weinig details of specifieke informatie bevatten.
- Een tweede situatie doet zich voor indien de binnengekomen informatie verifieerbaar is, maar onvoldoende duidelijk maakt welk concreet feit wordt voorbereid. Volgens de minister valt te denken aan een situatie waarin betrouwbare informanten afzonderlijk melding maken van het bestaan van opvallende belangstelling van een aantal personen voor de bouwkundige bijzonderheden van een bepaald overheidsgebouw, die van belang kunnen zijn voor het welslagen van een terroristische aanslag. De minister: “Onder die omstandigheden kan, ook als een verdenking nog niet aanwezig wordt geacht, wel gesproken worden van ‘aanwijzingen’.”
- Ten derde noemt de minister de situatie waarin de verstrekte gegevens moeilijk verifieerbaar zijn en uit de inhoud van de informatie evenmin af te leiden valt welk

²¹¹ EHRM 2 augustus 1984, *Malone v. the United Kingdom*, Appl. 8691/79, par. 68.

²¹² Idem, par. 68.

²¹³ Idem, par. 68.

²¹⁴ *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 164, 3, p.9 (MvT).

concreet terroristisch misdrijf gepleegd wordt of zal worden. Als voorbeeld hiervan geldt een melding van een burger dat hij van een kennis vernomen heeft dat hij met enkele andere personen “van plan is in de binnenstad grote schade aan te richten om de verderfelijke Westerse wereld eens een lesje te leren”.²¹⁵

De informatie op grond waarvan opsporingsbevoegdheden worden ingezet moet volgens de minister informatie zijn die “voor een redelijk mens navolgbaar is” en achteraf moet toepassing van de bevoegdheden “begrijpelijk zijn uit te leggen”.²¹⁶ De minister benadrukt bovendien herhaaldelijk dat de betrouwbaarheid en de verifieerbaarheid van de gegevens en de concreetheid van de informatie van belang zal zijn voor de afweging of bijzondere opsporingsbevoegdheden worden ingezet.²¹⁷ Daarbij dient deze afweging volgens hem in het licht van het onderzoeksbelang te worden geplaatst. In de memorie van toelichting geeft de minister aan dat “niet de ontoereikendheid van de aanwijzingen maar de (on)mogelijkheid om met toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden aan de opheldering daarvan bij te dragen bij de te maken afwegingen leidend zal moeten zijn”.²¹⁸ Bovendien zijn er volgens hem voldoende waarborgen: de officier van justitie geeft het bevel tot toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden, bij bevoegdheden tot het opnemen van vertrouwelijke informatie moet de rechter-commissaris een machtiging verlenen en het onderzoeksbelang moet de toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden rechtvaardigen. Dit laatste impliceert volgens de minister toetsing aan de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Ten slotte acht hij nog van belang dat het gebruik van opsporingsbevoegdheden op schrift wordt vastgelegd en dat er mededeling van wordt gedaan indien het belang van het onderzoek dit toestaat.²¹⁹

Voorzienbaarheid en het begrip “aanwijzingen” bij de bijzonder opsporingsbevoegdheden

De vraag is of het begrip aanwijzingen voldoende duidelijk, precies en inhoudelijk is om binnen de context van de wetsbepalingen te kunnen voldoen aan het voorzienbaarheidsvereiste in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM. De (unanieme) uitspraak van het Hof in de zaak-*Gillan and Quinton* biedt in dit opzicht enige belangrijke inzichten.²²⁰ In deze zaak kon een senior politieambtenaar indien dit “expedient for the prevention of terrorism” was opsporingsambtenaren machtigen personen in een nader omschreven gebied te fouilleren. Een redelijke verdenking van een misdrijf was noch voor die bevoegdheidsautorisatie door de senior noch voor de bevoegdheidsuitoefening door de opsporingsambtenaar vereist.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p.10-11 (MvT).

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 12, p. 4 (Brief van de minister van Justitie)

²¹⁷ Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 7, p. 18, *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 12, p. 3. *Handelingen II* 2005-2006, 1 mei 2006, 73-4615 (minister Donner).

²¹⁸ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 11 (MvT).

²¹⁹ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 12 (MvT).

²²⁰ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05.

Allereerst wekt het arrest *Gillan and Quinton* ten minste zeer sterk de indruk dat inbreuken op artikel 8 EVRM met het oog op de nationale veiligheid of het voorkomen van criminaliteit ook kunnen zijn toegestaan zonder dat er een verdenking bestaat.²²¹ Het Hof toetst namelijk uitgebreid of de inbreuk toelaatbaar in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM was, terwijl indien het een redelijke verdenking van een misdrijf voor het uitoefenen van dergelijke opsporingsbevoegdheden zou vereisen, het wel zou hebben kunnen constateren dat het recht op privéleven was geschonden. Ondertussen is niet duidelijk of dit dan ook mogelijk is bij zware inbreuken op het privéleven (zoals afluisteren en opnemen van vertrouwelijke communicatie) of dat de mogelijkheid daartoe slechts bestaat in geval van inbreuken als waar het in de zaak-*Gillan and Quinton* om ging (fouillering en doorzoeking bagage).

Zeker niet uit te sluiten valt dat ook het uitoefenen van de zwaardere bijzondere opsporingsbevoegdheden zonder verdenking mogelijk is. Ook bijvoorbeeld “strategic monitoring”, dat wil zeggen algemene en grootschalige interceptie van telecommunicatie waarbij met behulp van ‘catchwords’ berichten of gesprekken worden geïdentificeerd die mogelijk informatie bevatten over terrorisme of andere ernstige misdrijven, vindt geheel los van enige verdenking plaats en is binnen bepaalde grenzen toch acceptabel onder artikel 8 EVRM.²²² Beslissend is dat echter niet. Een dergelijke onderzoeksmethode richt zich immers niet op specifieke vooraf bepaalde personen, terwijl dat bij de bijzonder opsporingsbevoegdheden in beginsel wel het geval is. Hierbij komt echter dat – anders dan bij bijvoorbeeld voorlopige hechtenis – noch het EVRM zelf noch de jurisprudentie van het Hof de aanvaardbaarheid van een strafrechtelijke inbreuk op artikel 8 EVRM uitdrukkelijk aan een verdenking verbindt.

Gelet op een en ander gaan wij er daarom vanuit dat een dergelijke verdenking ook niet per se noodzakelijk is om bijzondere opsporingsbevoegdheden te kunnen uitoefenen binnen de voorwaarden van artikel 8 EVRM. In dit opzicht zou het vereiste dat er aanwijzingen moeten zijn – hetgeen al meer is dan helemaal geen verdenkingscriterium – dus voldoende basis voor toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden kunnen zijn. Tegelijkertijd maakt de jurisprudentie van het EHRM echter duidelijk dat dit niet zomaar mogelijk is.²²³ Wanneer dergelijke dwangmiddelen niet aan een redelijke verdenking zijn gebonden zal voor dat gemis dus compensatie moeten worden geboden.

Compensatie voor de afwezigheid van een verdenkingsvoorwaarde kan er onder meer in zijn gelegen dat bij het door een hogere autoriteit autoriseren van de bevoegdheid aan een opsporingsambtenaar (bijvoorbeeld voor een bepaalde tijd, een bepaald gebied en/of bepaalde personen) of bij het uitoefenen ervan wordt getoetst aan proportionaliteit of dat op enige andere wijze restricties aan de bevoegdheid zijn verbonden. In zaak-*Gillan and Quinton* wordt hieraan niet voldaan. Het Hof oordeelt de voorwaarde “expedient for the

²²¹ Idem, par. 76-87.

²²² Zie o.a. EHRM, 29 juni 2006, *Weber and Saravia v. Germany*, Appl. 54934/00, par. 9, 111, 125 en voorts 73-138.

²²³ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 83 en 86.

prevention of terrorism” voor het door een senior politieambtenaar afgeven van een machtiging tot fouillering veel te mager omdat “expedient” niet meer dan “helpful” of “useful” betekent; de voorwaarde veronderstelt daarmee niet dat de maatregel van fouilleren en doorzoeking van bagage noodzakelijk (“neccessary”) moet zijn. Aldus impliceert die voorwaarde evenmin toetsing van de proportionaliteit van de maatregel.²²⁴ Daarbij komt dat de individuele opsporingsambtenaar die de maatregel toepast zelfs geheel niet gebonden was aan dit criterium noch aan enige andere beperking. Toepassing van de maatregel was mogelijk zonder dat daar een redelijke verdenking, of in ieder geval een verwachting dat er iets gevonden zal worden, aan ten grondslag hoefde te liggen.²²⁵

De vraag is nu wat dit betekent voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden op grond van aanwijzingen in plaats van een verdenking. Zoals we hierboven hebben gezien heeft een aanwijzing niet heel veel om het lijf. De uiteenzetting in de memorie van toelichting biedt weliswaar enige verheldering over de betekenis van het begrip “aanwijzingen”, maar deze maakt evenzeer duidelijk dat deze voorwaarde aanzienlijk ruimer en ongrijpbaarder is dan “een redelijke vermoeden van schuld” en bovendien dusdanig rekbaar is dat daarvoor geen ondergrens valt te formuleren. Overigens wordt in de kamerstukken ook opgemerkt dat in geval van een binnengekomen tip die zowel vaag als moeilijk te verifiëren is, waardoor er dusdanig weinig aanknopingspunten zijn voor een onderzoek, niet van “aanwijzingen” kan worden gesproken.²²⁶ Dan valt immers moeilijke te bepalen welke opsporingsbevoegdheden waar en tegen wie moeten worden ingezet (de minister: “Waar bijvoorbeeld te beginnen met tappen?”²²⁷). Hier is echter geen sprake van een juridische begrenzing of nadere invulling van het begrip aanwijzingen, maar simpelweg van een feitelijke onmogelijkheid om opsporingsbevoegdheden zelfs maar enigszins gericht toe te passen. Voorts wijst de minister van Justitie erop dat het begrip “aanwijzingen” al geruime tijd wordt gebruikt in andere wetgeving.²²⁸ Het begrip komt inderdaad expliciet voor in de Wet wapens en munitie (artikelen 50, 51 en 52, steeds in lid 1 sub c), terwijl het begrip “in het belang van de opsporing” in de Wet op de economische delicten (artikelen 18 t/m 23) zo wordt uitgelegd dat er geen redelijke verdenking behoeft te zijn maar dat aanwijzingen kunnen volstaan.²²⁹ Maar de jurisprudentie over deze bepalingen is beperkt en omlijnt het begrip – anders dan dat het om “concrete” aanwijzingen moet gaan – nauwelijks.²³⁰ Maar zelfs indien dat anders zou zijn rijst de vraag wat de betekenis daarvan zou zijn voor het begrip aanwijzingen in de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven nu de wetten van verschillende aard zijn (economische en wapendelicten versus

²²⁴ Idem, par. 80.

²²⁵ Idem, par. 83.

²²⁶ *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 164, 12, p. 3 (Brief van de minister van Justitie).

²²⁷ *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 164, 12, p. 3 (Brief van de minister van Justitie).

²²⁸ *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 164, 7, p. 12 (Nota n.a.v. het verslag).

²²⁹ Vgl. *Kamerstukken II 1968-1969*, 9608, 5, p. 2.

²³⁰ Zie voor de Wet economische delicten HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633, r.o. 5.1-5.3 (WED); Gerechtshof 's-Gravenhage 29 november 2006, *LJN* AZ3631, (WED); Rb Amsterdam 29 juni 2007, *LJN* BA9586 en BA9602 (WED). Zie voor de Wet wapens en munitie HR 23 maart 2010, *LJN* BL1711; Rb. Middelburg 25 juli 2000, *NbSr* 2001, 135.

terrorisme) en het bovendien om verschillende soorten bevoegdheden gaat (gewone opsporingsmiddelen versus heimelijke opsporingsmethoden). Zoals dus reeds blijkt uit de memorie van toelichting beperkt de voorwaarde dat sprake moet zijn van aanwijzingen de mogelijkheid om de opsporingsbevoegdheden toe te passen slechts weinig.²³¹

Gelet op de jurisprudentie van het EHRM moet daarom worden aangenomen dat daarvoor via aanvullende voorwaarden compensatie moet worden geboden. Sterker nog: naarmate de inbreuk op het recht op privéleven zwaarder is, wordt het belangrijker dat de mogelijkheid tot het maken van die inbreuk aan adequate voorwaarden is verbonden. Nu de inbreuken op het recht op privéleven bij toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden veelal zwaarder zullen zijn dan in geval van een kortstondige fouillering of onderzoeken van bagage, zullen ook die aanvullende voorwaarden voor de bijzondere opsporingsbevoegdheden dus steviger moeten zijn.

Naast “aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf” vereisen de bepalingen inzake de bijzondere opsporingsbevoegdheden dat het inzetten van zo’n bevoegdheid “in het belang van het onderzoek” is (o.a. artikel 126zd Sv) of dat “het onderzoek dit dringend vordert” (o.a. artikel 126zf Sv). In de Engelse wet wordt de term “expedient for the prevention of acts of terrorism” gebruikt. Vertaald naar het Nederlands zou dat “nuttig voor de bestrijding van terrorisme zijn”, en in de terminologie van het belang van het onderzoek, zou dit “nuttig voor het onderzoek zijn”. Aldus lijkt “in het belang van het onderzoek” en vooral “indien het onderzoek dit dringend vordert” een zwaardere voorwaarde in te houden dan de Engelse, waardoor er wellicht een hogere drempel is om de bevoegdheid in te zetten. De vraag is echter of deze voorwaarden een noodzakelijkheidsvereiste impliceren en aldus tot een proportionaliteitstoets dwingen zoals het Hof vereist.²³² Volgens de memorie van toelichting moet het onderzoeksbelang de bevoegdheidstoepassing rechtvaardigen: “dat impliceert een verplichting tot toetsing aan beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.”²³³ De wet biedt bovendien de waarborg dat de concrete uitoefening van een bijzondere opsporingsbevoegdheid altijd plaatsvindt op bevel van de officier van justitie. Er is aldus geen sprake van een algemeen bevel of een algemene machtiging, zoals in *Gillan and Quinton* wel het geval was.

Ten slotte is voor het opnemen van vertrouwelijke communicatie bovendien een rechterlijke machtiging vereist.²³⁴ Dat zegt overigens op zichzelf niet veel over de effectiviteit van de rechterlijke controle. Het Hof maakt in het arrest-*Gillan and Quinon* duidelijk dat aan een rechterlijke toets weinig belang toekomt indien de toetsingscriteria onvoldoende beperking impliceren.²³⁵ In dit licht moet wellicht ook de aanbeveling van de Commissaris voor de Rechten van de Mens aan de Nederlandse autoriteiten worden verstaan dat ervoor moet worden gezorgd dat antiterrorisme maatregelen, waarbij hij expliciet aan het tappen van telefoons refereert, onder volledige rechterlijke controle staan. Inderdaad biedt het

²³¹ Zie hierboven onder: Het begrip “aanwijzingen”.

²³² Idem, par. 80.

²³³ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, nr.3, p. 12 (MvT).

²³⁴ Artikel 126zf Sv.

²³⁵ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 80.

begrip “aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf” de rechter-commissaris nauwelijks materiële aanknopingspunten om misbruik of arbitraire toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden te controleren en tegen te gaan. Op zichzelf geeft het criterium “in het belang van het onderzoek” de rechter-commissaris daarentegen wel de gelegenheid om te toetsen aan proportionaliteit en subsidiariteit. De vraag is echter of die toets in een concreet geval werkelijk veel zal kunnen voorstellen wanneer er tegen iemand of wellicht zelfs slechts wat betreft een terroristisch misdrijf niet meer dan aanwijzingen bestaan. Het zal dan erg moeilijk zijn voor de rechter om op grond van feiten en omstandigheden daadwerkelijk gegrond af te wegen of inzet van de bijzondere opsporingsbevoegdheid proportioneel en subsidiair is.

Het voorgaande laat zien dat de toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden in terrorisme zaken in Nederland aan krachtigere waarborgen is verbonden dan de bevoegdheden in de zaak-*Gillan and Quinton* en dat daarin bovendien van proportionaliteits- en subsidiariteitstoetsing sprake is. Dat is een belangrijke constatering. Eveneens duidelijk is evenwel dat de Nederlandse bevoegdheden in beginsel verstrekkender zijn dan de bevoegdheden waar het om ging in deze Engelse zaak. Bovendien geldt dat het criterium “in het belang van het onderzoek” zich enigszins in een vacuüm bevindt doordat de feiten en omstandigheden die voor toetsing aan dit criterium van belang zijn kunnen en ook mogen bestaan in slechts “aanwijzingen”. Al met al is daardoor niet evident dat de wetsbepalingen inzake bijzondere opsporingsbevoegdheden in terrorisme zaken voldoen aan het voorzienbaarheidsvereiste in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM. Uiteindelijk achten wij het enigszins onwaarschijnlijk dat de bepalingen inzake bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven bij toetsing door het Hof reeds op zichzelf als onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM zouden worden geacht.

Voorzienbaarheid en het begrip “aanwijzingen” bij onderzoek van voorwerpen, vervoermiddelen en kleding in 12-uursgebieden en in veiligheidsrisicogebieden

Ingevolge de vierde afdeling van Titel VB, Eerste boek, Sv, is de opsporingsambtenaar in geval van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf, bij bevel daartoe van de officier van justitie, bevoegd “in het belang van het onderzoek” voorwerpen te onderzoeken en monsters te nemen (artikel 126zq Sv), vervoermiddelen te onderzoeken (artikel 126zr Sv) en personen aan hun kleding te onderzoeken (artikel 126zs Sv). De officier van justitie kan dergelijk preventief onderzoek mondeling bevelen. Het bevel wordt gegeven voor een periode van maximaal 12 uur en dient het gebied waarvoor het geldt nader te omschrijven. De geldigheidsduur is verlengbaar met telkens maximaal 12 uur.²³⁶ Naast deze zogenaamde 12-uursgebieden voorziet de wet nog in een andere optie. Het is namelijk ook mogelijk om bij AMvB veiligheidsrisicogebieden aan te wijzen waar deze preventieve bevoegdheden kunnen worden uitgevoerd.²³⁷ Een bevel van de officier van justitie is dan niet vereist en ook hoeven er in dat geval geen “aanwijzingen voor een terroristisch misdrijf” te zijn. De

²³⁶ Artikelen 126zq, 126zr en 126zs Sv.

²³⁷ Artikelen 126zq lid 4 Sv, 126zr en 126zs lid 3.

opsporingsambtenaar dient wel nog steeds af te wegen of het fouilleren “in het belang van het onderzoek” is.

Deze bevoegdheden doen sterk denken aan de bevoegdheden waar het om ging in de zaak-*Gillan and Quinton*. In die zaak konden politieambtenaren in het gebied waarvoor een senior politieambtenaar een autorisatie had afgegeven immers voetgangers en voertuigen met inzittenden stoppen voor onderzoek aan het voertuig, fouillering en doorzoeking van bagage.²³⁸ De klagers betogen dat de politieambtenaren hiermee een te grote discretionaire bevoegdheid toekomt, zowel op het niveau van autorisatie als op het niveau van uitvoering. De regering voert aan dat er elf waarborgen tegen misbruik zijn geregeld in de wet, maar het EHRM is van geen van allen onder de indruk. Hiervoor kwam al aan de orde dat het Hof de afwezigheid van een noodzakelijkheidsvereiste en proportionaliteitstoets laakt en in het verlengde daarvan ook de voorziene rechterlijke controle van weinig waarde acht. Verder neemt het EHRM onder andere nog het volgende in overweging.

- Iedere politieagent is bevoegd een voetganger aan te houden en te onderzoeken.
- De autorisatie is weliswaar niet langer dan 28 dagen geldig, maar deze termijn is verlengbaar terwijl in de praktijk ook blijkt dat bepaalde autorisaties continu worden verlengd; het Hof spreekt over een “rolling programme”.²³⁹
- Het gebied waarvoor de autorisatie geldt is weliswaar beperkt tot het gebied waarvoor het desbetreffende politiekorps verantwoordelijk is, maar hierbij gaat het soms om nogal grote en dichtbevolkte gebieden; in casu besloeg het gebied heel Groot Londen.²⁴⁰
- De individuele politieagent heeft een welhaast onbeperkte discretionaire bevoegdheid bij het bepalen wie wordt gestopt en onderzocht. Zoals gezegd geldt er geen verdenkingsvoorwaarde, terwijl zelfs enig subjectief vermoeden tegen het betrokken individu niet is vereist. De enige beperking is dat voertuigonderzoek, fouillering en bagagedoorzoeking dienen te zijn gericht op het vinden van voorwerpen die zouden kunnen worden gebruikt in relatie tot terrorisme. Maar uiteindelijk gaat ook hiervan nauwelijks enige begrenzing van de bevoegdheid uit. Niet alleen vallen binnen deze categorie vele voorwerpen die tot de gewone uitrusting behoren van vele volstrekt onschuldige passanten, ook relevant is dat de politieambtenaar zelfs geen enkele grond hoeft te hebben om de aanwezigheid van dergelijke voorwerpen te vermoeden.²⁴¹

Al de verschillende gebreken en bezwaren op zowel het autorisatie niveau als het toepassingsniveau leiden er in samenhang met elkaar toe dat het Hof in de zaak-*Gillan and Quinton* (unaniem) tot schending van artikel 8 EVRM concludeert omdat de getoetste regelgeving onvoldoende voorzienbaar is waardoor de inbreuk niet “bij de wet is voorzien”.

²³⁸ Omdat de bevoegdheid waar om het in deze zaak gaat niet overeenstemt met het Nederlandse dwangmiddel “staande houding” vermijden wij deze term en spreken we in plaats daarvan over “stoppen”.

²³⁹ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 81.

²⁴⁰ Idem, par. 81.

²⁴¹ Idem, par. 83.

Het Hof kiest er dus niet voor om de inbreuken in casu slechts als niet noodzakelijk in een democratische samenleving aan te merken. Daarmee is onzes inziens sprake van een harde veroordeling van het Verenigd Koninkrijk nu die impliceert dat het uitoefenen van de bevoegdheden reeds op het niveau van de regelgeving zelf niet acceptabel is. Wat betekent dit arrest nu voor de artikelen 126zq-126zs Sv? Voor de beantwoording van deze vraag is het nuttig nu eerst op enkele aspecten van de autorisatie van de bevoegdheid in te gaan en pas daarna op enige kwesties rondom de toepassing ervan.

Ook ingevolge de Nederlandse regeling is iedere politieagent bevoegd vervoermiddelen te onderzoeken alsmede om personen aan hun kleding en bagage te onderzoeken in gebieden waarvoor de autorisatie ziet (12-uursgebieden of veiligheidsrisicogebieden). Het criterium voor de officier van justitie om een bevel daartoe uit te vaardigen is of er “aanwijzingen van een terroristisch misdrijf” zijn. Zoals daarnet al aan de orde kwam zijn aanvullende waarborgen nodig nu dit begrip vanwege de ruime, ongrijpbare en rekbare aard ervan als zodanig niet aan het voorzienbaarheidsvereiste kan voldoen.

De vraag is dus of de artikelen 126zq-126zs Sv in voldoende compensatie voor dat voorzienbaarheidsgebrek voorzien. In elk geval geldt dat de wet geen proportionaliteitstoets vereist op het niveau van de autorisatie door de officier van justitie (bij 12-uursgebieden) of door de regering bij AMvB (bij risicoveiligheidsgebieden). Evenmin is er voor zowel 12-uursgebieden als veiligheidsrisicogebieden vooraf sprake van rechterlijke toetsing. Maar als deze er al zou zijn, zou die binnen de kaders van de wet weinig betekenis kunnen hebben, daar de rechter weinig houvast heeft nu een proportionaliteitscriterium (zoals “in het belang van het onderzoek” veronderstelt) ontbreekt terwijl het begrip “aanwijzingen” nauwelijks materiële aanknopingspunten biedt zoals hiervoor al aan de orde kwam.

Wat betreft de omvang van de gebieden waarvoor de autorisatie geldt valt het volgende op te merken. De gebieden in de zaak-*Gillan and Quinton* waren gelimiteerd naar het gebied waarvoor een politiekorps verantwoordelijk was. Dit waren echter zeer omvangrijke gebieden. Op zichzelf zou daarvan ook in Nederland sprake kunnen zijn. De 12-uursgebieden die de officier op basis van de artikelen 126zq-126zs Sv (steeds het derde lid) kan aanwijzen zijn immers niet nader in de wet gelimiteerd of gespecificeerd. Hetzelfde geldt voor de door de regering aan te wijzen veiligheidsrisicogebieden. Ook de kamerstukken bieden nauwelijks nader inzicht over de mogelijk omvang van de gebieden. Wat betreft de veiligheidsrisicogebieden merkt de minister van Justitie slechts op dat het ook daarbij de bedoeling is “om te voorkomen dat zij grenzeloos, overal en zonder concrete aanleiding door het hele land worden toegepast.” Hij wijst erop dat voor de aanwijzing van zo’n gebied een concrete aanleiding moeten bestaan of dat het zal moeten gaan om gebieden die naar de aard van de daar aanwezige objecten en verkeersstromen tot bijzondere zorg aanleiding geven.²⁴² Voorts wordt voor 12-uursgebieden in de memorie van toelichting als voorbeeld genoemd de melding dat over zee aangevoerde explosieven bestemd zijn voor een terroristische aanslag waarna in een bepaald havengebied alle vervoermiddelen worden

²⁴² *Handelingen I* 2006-2007, 7 november 2006, 5-220.

onderzocht en de melding dat verkenningen zullen worden ondernomen bij bepaalde overheidsgebouwen waarna in al die overheidsgebouwen fouilleringen zullen plaatsvinden.²⁴³ Een en ander lijkt in ieder geval aan te geven dat het om meer specifieke gebieden moet gaan en dat de omvang van het gebied dus niet onbeperkt kan zijn. Die gebieden zullen in beginsel dan ook aanzienlijk kleiner zijn dan het gebied in de zaak-*Gillan and Quinton*, dat heel Groot Londen besloeg. Dat neemt niet weg dat ook in Nederland van aanzienlijke gebieden sprake kan zijn. De regering heeft bijvoorbeeld Schiphol inclusief het buitengebied daarvan in 2008 als semi-permanent veiligheidsrisicogebied aangewezen, hetgeen betekent dat het NS-treinstation Schiphol, de Schipholtunnel en het cellencomplex Schiphol in dat gebied vallen alsmede diverse openbare autowegen, fietspaden, woonhuizen, bedrijventerreinen, horecagelegenheden en plekken voor vliegtuigspotters.²⁴⁴ Andere gebieden die zijn aangewezen zijn het Binnenhof te Den Haag, de centrale stations van Amsterdam, Rotterdam, Utrecht en Den Haag, de overige Nederlandse luchthavens, de kerncentrale te Borssele en het Mediapark te Hilversum.²⁴⁵ Ook daarvoor geldt de aanwijzing in principe permanent.²⁴⁶

Verder is ook de tijdsduur van de autorisatie relevant. De zaak-*Gillan and Quinton* betreft een autorisatie voor maximaal 28 dagen, maar deze kon worden verlengd en dit gebeurde ook steeds. In geval van een 12-uursgebied is de autorisatie door de officier van justitie – zoals de naam al aangeeft – twaalf uur van kracht. Hoewel het bevel oneindig vaak kan worden verlengd, gaat men er in de memorie van toelichting vanuit dat een periode van langer dan twaalf uur zelden nodig zal zijn.²⁴⁷ Anders ligt het voor wat betreft veiligheidsrisicogebieden: bij AMvB kunnen gebieden semi-permanent als zodanig worden aangemerkt. Voor Schiphol en het buitengebied daarvan is dit zoals gezegd ook gebeurd. Niettemin gaat het hierbij om een duidelijk specifiek gebied dan het gebied in de zaak-*Gillan and Quinton*. Veel meer dan heel Groot Londen geldt voor Schiphol met buitengebied immers dat vrijwel het hele gebied naar de aard van de daar aanwezige objecten en verkeersstromen voor terroristen aantrekkelijk kan zijn.²⁴⁸

Ook wat betreft waarborgen voor de toepassing van de bevoegdheden door de individuele politieambtenaar zijn er wezenlijke verschillen. Anders dan de Engelse wet in de zaak-*Gillan and Quinton* bieden de artikelen 126zq-126zs Sv met de “in het belang van het onderzoek”-voorwaarde wel een beperking van de bevoegdheid van de politieambtenaar. Het is echter de vraag of dit criterium voldoende restrictief is en of dit inderdaad een toets aan proportionaliteit waarborgt.

²⁴³ *Kamerstukken II* 2004-05, 30 164, 3, p. 15 (MvT).

²⁴⁴ B. van Gestel e.a., *Signalen van terrorisme en de opsporingspraktijk. De Wet opsporing terroristische misdrijven twee jaar in werking*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC Cahier, 2009, p. 16.

²⁴⁵ Besluit van 21 december 2006, houdende voorschriften ter uitvoering van enkele bepalingen van het Wetboek van Strafvordering in verband met de opsporing van terroristische misdrijven (Besluit opsporing terroristische misdrijven), *Stb.* 2006. 730.

²⁴⁶ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 14 en 16 (MvT).

²⁴⁷ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p. 15 (MvT).

²⁴⁸ *Handelingen I* 2006-2007, 7 november 2006, 5-220.

Het Hof lijkt met een toetsing aan proportionaliteit te willen bewerkstelligen dat een redelijke balans tussen het algemeen belang en het belang van het individu wordt getroffen. Overigens zal anders later immers ook niet de “noodzakelijk in een democratische samenleving”-toets kunnen worden doorstaan.²⁴⁹ Uiteindelijk zal de opsporingsambtenaar die de bevoegdheid tot bijvoorbeeld fouilleren uitoefent een dergelijke afweging in veel gevallen hooguit zeer marginaal en tamelijk abstract kunnen maken. Indien de officier van justitie een 12-uursgebied aanwijst of de regering bij AMvB een veiligheidsrisicogebied vaststelt vanwege enige al dan niet concrete dreiging van een terroristisch misdrijf, zullen er in het algemeen nauwelijks aanknopingspunten voor de individuele politieambtenaren zijn om in relatie tot concreet te fouilleren personen een op hen toegespitste proportionaliteitsafweging te maken. In beginsel kan – en wellicht ook: zal – dan iedereen aan de bevoegdheid worden onderworpen. De memorie van toelichting bevestigt dit uitdrukkelijk:

“Houden de aanwijzingen die ten grondslag liggen aan het bevel van de officier bijvoorbeeld in dat een dreigingsanalyse informatie heeft opgeleverd dat mogelijkerwijs een aanslag wordt gepleegd in een stationshal, dan is de opsporingsambtenaar bevoegd iedereen die zich in de omgeving van die stationshal bevindt te benaderen voor onderzoek van voorwerpen, vervoermiddelen en kleding. [...] Het criterium ‘in het belang van het onderzoek’ is voor hem leidend waar het gaat om de keuze van zijn onderzoekssubjecten. Waar de informatie niet concreter wordt dan de aanwijzing van een bepaalde plaats waar het onheil zou kunnen plaatsvinden, zal het er voor de opsporingsambtenaar op aan komen groepen van personen te selecteren die naar zijn eigen vakbekwaam inzicht in het belang van het onderzoek in aanmerking komen voor de bevoegdheidsuitoefening.”²⁵⁰

Dit laatste doet sterk denken aan de zaak-*Gillan and Quinton*, waar de beslissing van de politieagent om een persoon te fouilleren louter steunt op een “hunch” of de “professional intuition” van de opsporingsambtenaar, hetgeen kritisch door het Hof wordt gezien.²⁵¹

Toch betekent dit nog niet dat de Nederlandse regeling in strijd is met artikel 8 EVRM om de reden dat deze onvoldoende voorzienbaar zou zijn. Ten eerste geldt dat de proportionaliteit toets die voortvloeit uit het criterium “in het belang van het onderzoek” in zowel 12-uursgebieden als veiligheidsrisicogebieden doorgaans hooguit zeer marginaal en tamelijk abstract zal kunnen zijn zoals gezegd, maar dit zal niet altijd zo zijn. Indien bijvoorbeeld het gebied een metrostation betreft waarvoor een bommelding is gedaan zal een meer concrete individuele toetsing van de te fouilleren personen niet mogelijk zijn, maar dat zal in beginsel anders zijn voor zover het gaat om een fietspad in het buitengebied van Schiphol. Dan lijkt

²⁴⁹ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 82, in relatie tot EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. 30562/04, par. 118 en 125.

²⁵⁰ *Kamerstukken II* 2004-2005, 30 164, 3, p.44 (MvT).

²⁵¹ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 83.

voor foullering van een daar toevallig passerende fietser wel een iets concretere afweging te kunnen en ook moeten worden gemaakt, terwijl de Engelse wet dat voor geen enkele locatie in het hele gebied van Groot Londen in de zaak-*Gillan and Quinton* vereist. Wat in de context van preventief foulleren en preventieve doorzoeking precies moet worden verstaan onder de term “in het belang van het onderzoek” is overigens niet duidelijk.

Verder telt dat de autorisatie enige compensatie biedt – en in elk geval meer dan in de zaak-*Gillan and Quinton* – voor een gebrekkige proportionaliteitstoets. Voor 12-uursgebieden telt immers dat de omvang van het gebied en de duur waarvoor die geldt veel beperkter zijn dan geldt voor de autorisatie in deze Engelse zaak. Bovendien dient zo’n gebied een relatie te hebben met een terroristische dreiging, aangezien er daarvoor een “aanwijzing van een terroristisch misdrijf” moet bestaan. Voor veiligheidsrisicogebieden geldt – zoals opgemerkt – volgens de minister van Justitie dat voor de aanwijzing van zo’n gebied een concrete aanleiding moet bestaan of dat het gebied vanwege de daar aanwezige objecten en verkeersstromen tot bijzondere zorg aanleiding geeft.²⁵² Deze waarborgen impliceren dat de Nederlandse 12-uursgebieden en de veiligheidsrisicogebieden in beginsel in een duidelijkere relatie tot terroristische dreiging staan dan grote delen van het gebied waar het om ging in de Engelse zaak. Maar tot een echte noodzakelijkheidstoets op autorisatieniveau dwingt geen van beide waarborgen, laat staan proportionaliteitstoets.

Wel geeft die terroristische dreiging invulling aan de proportionaliteit van de toepassing van de bevoegdheid door de opsporingsambtenaar in concrete gevallen. Maar het gaat daarbij om een meer abstracte invulling van de proportionaliteit en impliceert dus nog niet per se dat de concrete bevoegdheidsuitoefening tegen een specifiek individu ook proportioneel is. Cruciaal zal dus zijn hoe concreet de door het EHRM verlangde toetsing dient te zijn. Er zijn ons geen uitspraken bekend waarin het Hof zijn oordeel geeft over foulleringsbevoegdheden in dergelijk openbare plaatsen die een (semi-)permanent risico vormen voor terroristische aanslagen. Wel komt het foulleren in een luchthaven ter sprake in het arrest-*Gillan and Quinton*. Het EHRM maakt duidelijk dat foullering en doorzoeking van bagage in de normale openbare buitenruimte niet vergelijkbaar is met het uitoefenen van deze bevoegdheden op een luchthaven of bij de ingang van een publiek gebouw. Reden daarvoor is dat “an air traveller may be seen as consenting to such a search by choosing to travel. He knows that he and his bags are liable to be searched before boarding the aeroplane and had a freedom of choice, since he can leave personal items behind and walk away without being subjected to a search.”²⁵³ Het is moeilijk verdedigbaar dat van zodanige inherente toestemming in zijn algemeenheid ook sprake is bij degene die 12-uursgebieden of veiligheidsrisicogebieden betreden of zich daar bevinden. Evenzeer is echter duidelijk dat een gebied dat extra kwetsbaar of aantrekkelijk voor terroristische activiteiten is niet als normale openbare buitenruimte kan kwalificeren. Wij schatten daarom in dat het Hof voor dergelijke gebieden toch een zekere mate van abstractie bij de proportionaliteitstoets zal aanvaarden, omdat het anders wel erg moeilijk zou worden voor autoriteiten om burgers in

²⁵² *Handelingen I* 2006-2007, 7 november 2006, 5-220.

²⁵³ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 64.

dergelijke gebieden te beschermen tegen het daar van toepassing zijnde grotere terrorisme-risico. Dit impliceert overigens dat de dreiging wel enigszins aannemelijk dient te zijn. In dit opzicht zou het wat betreft veiligheidsrisicogebieden nog wat problematisch kunnen zijn dat deze (semi-)permanent kunnen zijn aangewezen en dat er niet per se evaluaties hoeven plaats te vinden of het terrorismerisico nog voldoende reëel is.

Al met al staat de Nederlandse regeling er vanuit de voorwaarde dat de inbreuk bij de wet moet zijn voorzien er beter voor dan de Engelse. Niettemin zijn ook de Nederlandse bevoegdheden ontegenzeggelijk ruim, terwijl de voorwaarden waaraan de bevoegdheden gebonden zijn in elk geval inhoudelijk *de facto* mager zijn. Voor zover het om veiligheidsrisicogebieden gaat stelt de wet zelfs geen bijzondere eisen aan de AMvB waarbij deze gebieden worden aangewezen. Daarbij komt dat de wet voor zowel 12-uursgebieden als veiligheidsrisicogebieden in een extra waarborg zou kunnen voorzien, zonder voor de bestrijding van terrorisme aan slagvaardigheid te hoeven verliezen, door toevoeging van een noodzakelijkheidsvereiste op autorisatieniveau. Op grond van bestaande jurisprudentie valt dan ook niet met enige zekerheid vast te stellen of de artikelen 126zq-126zs Sv voldoende voorzienbaar zijn in de zin van artikel 8 EVRM. Uiteindelijk menen wij dat er daardoor een niet verwaarloosbaar risico bestaat dat deze bepalingen bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van het recht op privéleven uit artikel 8 lid 2 EVRM zouden worden geacht.

Erkend legitiem doel

Ten tweede is van belang dat artikel 8 lid 2 EVRM eist dat een inbreuk op artikel 8 een legitiem doel dient, dat wil zeggen, een doel genoemd in artikel 8 lid 2 EVRM. Deze voorwaarde levert zoals al opgemerkt niet zo snel een probleem op in Straatsburg. De Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven heeft als doel het voorkomen van strafbare feiten en de bescherming van de nationale en openbare veiligheid, welke doelen eveneens worden genoemd in artikel 8 lid 2 EVRM. Het Hof zal bij een enigszins redelijke toepassing van de beperking, vrijwel altijd aannemen dat die toepassing inderdaad plaats vond in de bovengenoemde belangen.

Noodzakelijk in een democratische samenleving

Ten derde is een inbreuk op artikel 8 EVRM slechts dan toegestaan indien dit noodzakelijk is in een democratische samenleving. Er moet sprake zijn van een dringende noodzakelijke behoefte (“pressing social need”) aan de inbreuk en deze moet proportioneel zijn met betrekking tot het doel.²⁵⁴ De staten hebben bij de toetsing aan proportionaliteit een zekere mate van discretionaire bevoegdheid, maar het Hof toetst het gebruik daarvan wel.²⁵⁵ De autoriteiten zullen ingevolge de rechtspraak van het Hof een afweging moeten maken tussen het privacybelang van het individu en de algemene belangen van de gemeenschap.

²⁵⁴ Zie bijv. EHRM 9 oktober 2003, *Slivenko v. Latvia*, Appl. 48321/99, par. 113.

²⁵⁵ Idem, par 113.

Bovendien moeten er procedurele waarborgen zijn tegen misbruik van bevoegdheden. Zoals hierboven aan de orde kwam dient de nationale wet tot een dergelijke toets aanleiding te geven wil de inbreuk kunnen voldoen aan de voorwaarde dat deze in overeenstemming met de wet is. Uiteindelijk zal de toetsing echter ook daadwerkelijk dienen plaats te vinden. Procedurele waarborgen kunnen immers weliswaar in de wet aanwezig zijn maar in het concrete toepassingsgeval tekortschieten of zijn veronachtzaamd. Dit kan betekenen dat de bevoegdheidsuitoefening niet noodzakelijk in een democratische samenleving was.

In dit opzicht bestaat er onder andere risico dat gebruikmaking van een bijzondere opsporingsbevoegdheid als niet noodzakelijk in een democratische samenleving geldt wanneer de aanwijzingen waarop de bevoegdheidsuitoefening steunt wel erg mager zijn. Indien dat het geval is – zo bleek hierboven al uit het arrest-*Gillan and Quinton* – is compensatie daarvoor nodig. Naarmate de aanwijzingen zwakker zijn, zal de proportionaliteitstoets substantiëler dienen te zijn. Het bij zwakke aanwijzingen in een concreet geval enkel toetsen of uitoefening van de bevoegdheid nuttig is ter voorkoming van terrorisme (“expedient for the prevention of acts of terrorism”) is duidelijk onvoldoende. Voorts zal de toets – door de officier van justitie en onder omstandigheden ook de rechter-commissaris – ook substantiëler moeten zijn naarmate de toe te passen bevoegdheid verstrekkender inbreuk maakt op artikel 8 lid 1 EVRM.²⁵⁶ Maar juist omdat die toets dan op weinig concrete feiten en omstandigheden kan steunen, zal die minder gemakkelijk aan de daaraan gestelde eisen kunnen voldoen. Dit verzwakt aldus ook de betekenis van een eventueel noodzakelijke rechterlijke machtiging. Het toepassen van bijzondere opsporingsbevoegdheden naar aanleiding van slechts aanwijzingen bergt derhalve niet verwaarloosbare risico’s in zich.

Preventief onderzoek aan voertuigen, kleding en voorwerpen zal onder meer in de volgende gevallen als niet noodzakelijk in een democratische samenleving kunnen worden aangemerkt. Ten eerste indien de aanwijzing van een 12-uursgebied steunt op wel zeer gebrekkige aanwijzingen van een terroristisch misdrijf of wanneer een veiligheidsrisicogebied nauwelijks als bijzonder kwetsbaar of aantrekkelijk voor terroristische activiteit kan worden beschouwd. Hetzelfde geldt indien het gebied substantieel groter is dan in dit opzicht nodig is, terwijl het concrete preventieve onderzoek in dat onnodige of niet nuttige deel van het gebied plaatsvindt, of indien sprake is van voortdurende verlenging van autorisaties zonder dat van reële terroristische risico’s nog sprake is. In gebieden die semi-permanent zijn aangewezen als veiligheidsrisicogebied kan de politie gemakkelijk misbruik maken van haar bevoegdheden. In deze gebieden kan preventief onderzoek aan voertuigen, kleding en voorwerpen immers voortdurend plaatsvinden zonder dat een autorisatiebevel van de officier is vereist. Indien het belang bij preventief onderzoek niet tamelijk evident is, terwijl er geen proportionaliteitsafweging plaatsvindt, zal al gauw sprake zijn van schending van artikel 8 EVRM. Zoals daarnet aan de orde kwam zal de proportionaliteitstoets waarschijnlijk wel een zekere abstractie mogen hebben.

²⁵⁶ Zie bijv. EHRM 2 september 2010, *Uzun v. Germany*, Appl. 35623/05, par. 80 (vgl. par. 64-74).

d-v Vervallen term “kennelijk” in artikel 46 Sr (artikel 7 EVRM)

Teneinde grotere duidelijkheid te scheppen inzake de interpretatie van artikel 46 Sr heeft de wetgever ervoor gekozen om de term “kennelijk” in de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen te schrappen. In zoverre impliceert deze bedoeling een tegemoetkoming aan het legaliteitsbeginsel uit artikel 7 EVRM. Feitelijk is de bepaling door het wegvallen van “kennelijk” nauwelijks van reikwijdte verandert.²⁵⁷ In elk geval is slecht verdedigbaar dat het op grond van de bewoordingen van de huidige bepaling moeilijker voor individuen is dan voorheen om te bepalen welke handelingen en nalatigheden hen strafrechtelijk aansprakelijk maken. Ook los daarvan is er geen reden om te veronderstellen dat artikel 46 Sr thans niet in overeenstemming is met de – hiervoor in paragraaf 3.1.d-i besproken – eisen die voortvloeien uit artikel 7 EVRM en de jurisprudentie van het Hof daarover.

e. Conclusies over de Wet opsporing en vervolging terroristisch misdrijven

Voorgaande uiteenzettingen inzake de toetsing van de Wet opsporing en vervolging terroristisch misdrijven aan de fundamentele rechten leveren het volgende beeld op.

1. De Nederlandse rechter heeft de Wet opsporing en vervolging – voor zover blijkt uit de gepubliceerde jurisprudentie – nog geen enkele keer getoetst aan het EVRM of andere fundamentele rechten.
2. Het EHRM heeft de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven of bepalingen daaruit tot op heden niet aan een van de bepalingen in het EVRM getoetst.
3. De Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad voor Europa laat zich in zijn laatste rapport in tamelijk algemene zin kritisch uit over de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven vanwege de weinig nauwkeurig omschreven definities in de wet. Bovendien constateert hij spanning met artikel 6 EVRM vanwege de mogelijkheid om de verdediging lange tijd inzage van stukken te onthouden.
4. De Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven is niet getoetst door VN-verdragscomités naar aanleiding van individuele klachten in concrete zaken. Wel was er aandacht voor in statenrapportageprocedures. Het Comité voor de Mensenrechten spreekt zijn zorg uit over de mogelijkheid van voorlopige hechtenis van meer dan twee jaar en stelt dat Nederland dient te verzekeren dat een ieder binnen redelijke termijn wordt berecht en dat de lengte van het voorarrest niet in strijd komt met dit recht. Ook is de wet besproken in de Universal Periodic Review bij de VN-

²⁵⁷ Zie uitgebreider E. Gritter & E. Sikkema, ‘Bestemming onbekend’, *DD* 2006, 15, p. 277-302. Overigens blijkt dit ook wanneer men de betekenis van de huidige bepaling vergelijkt met de betekenis en reikwijdte die de oude bepaling had gelet op de uitleg die de Hoge Raad daarin aan het begrip “kennelijk” gaf; zie HR 20 februari 2007, *LJN* AZ0213 (Samir A.).

Mensenrechtenraad, maar daarbij zijn geen specifieke aanbevelingen over de wet gedaan.

Ook de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven is onderworpen aan een aanvullende analyse op grond van jurisprudentie van het EHRM die niet direct op deze wet (en grotendeels zelfs niet op Nederland) betrekking heeft. In die analyse is dus jurisprudentie betrokken die niettemin wel relevant is voor de vraag of deze wet, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de rechten en vrijheden uit het EVRM. Dit levert de volgende conclusies op.

5. Ten einde te bepalen of de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven of de beoogde toepassing daarvan in overeenstemming met de fundamentele rechten is dient de analyse zich gelet op de aard en inhoud van die wet te concentreren op het recht op vrijheid en veiligheid in artikel 5 EVRM, het recht op een eerlijk proces in artikel 6 EVRM, het recht op privéleven in artikel 8 EVRM en summier ook op het legaliteitsbeginsel uit artikel 7 EVRM.
6. Toepassing van de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven kan leiden tot inbreuken – dat is nog geen schending – op artikel 5 EVRM en artikel 8 EVRM.
7. Het is zeer onwaarschijnlijk dat het wegvallen van “ernstige bezwaren” bij *bewaring* in het geval van verdenking van een terroristisch misdrijf als zodanig in strijd is met artikel 5 EVRM, meer in het bijzonder lid 1 sub c daarvan. Hetzelfde geldt voor zover het gaat om de toepassing van bewaring op grond van een redelijke verdenking.
8. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de wettelijke mogelijkheid om de verdediging voor maximaal ruim 27 maanden de *toegang tot (delen van) het dossier* te weigeren reeds als zodanig in strijd is met artikel 5 EVRM, meer in het bijzonder lid 3 en lid 4 daarvan. Wel zijn er risico’s op schending van deze verdragsbepaling in de toepassing van deze mogelijkheid. Dat is vooral het geval wanneer daardoor de toegang wordt onthouden tot documenten in het strafdossier die essentieel voor de verdediging zijn om de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis effectief ter discussie te kunnen stellen, of wanneer de rechter daardoor geen toereikende motivering voor een voortzetting van de voorlopige hechtenis kan geven maar desalniettemin van invrijheidstelling afziet.
9. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de wettelijke mogelijkheid om de verdediging voor maximaal ruim 27 maanden de *toegang tot (delen van) het dossier* te weigeren reeds als zodanig in strijd is met artikel 6 EVRM, meer in het bijzonder met lid 3 sub a en sub b daarvan. Hooguit is er een gemakkelijk te voorkomen risico op schending van het recht op een eerlijk proces bij toepassing van deze mogelijkheid, namelijk wanneer de verdachte en zijn raadsman daardoor uiteindelijk onvoldoende tijd hebben om de verdediging voor te bereiden.

10. De Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven voldoet zonder meer aan het vereiste van toegankelijkheid (“accessibility”) in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM en overigens ook artikel 7 EVRM.
11. Het is enigszins onwaarschijnlijk dat de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven ten aanzien van de *opsporingsbevoegdheden* voor terroristische misdrijven reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“forseeability”) wordt geacht in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM.
12. Er bestaat een niet verwaarloosbaar risico dat de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven ten aanzien van de *bevoegdheden tot preventief onderzoek aan voertuigen, kleding en voorwerpen* onvoldoende voorzienbaar (“forseeability”) wordt geacht in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM.
13. Bij *toepassing* van de *bijzondere opsporingsbevoegdheden* voor terroristische misdrijven en de *bevoegdheden tot preventief onderzoek aan voertuigen, kleding en voorwerpen* uit de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven is het zeer waarschijnlijk dat het Hof zou accepteren dat dit een legitiem doel dient in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM.
14. Er bestaat een niet verwaarloosbaar risico dat *toepassing van de bijzondere opsporingsbevoegdheden* van de wet door het Hof als niet noodzakelijk in een democratische samenleving wordt geacht. Dit geldt te meer naarmate de aanwijzingen op grond waarvan de bevoegdheden worden ingezet minder substantie hebben. Dit zal dan door een adequate proportionaliteitstoets in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM moeten worden gecompenseerd, maar juist omdat die toets dan op weinig concrete feiten en omstandigheden kan steunen zal die minder gemakkelijk aan de daaraan gestelde eisen kunnen voldoen.
15. Er bestaat een niet verwaarloosbaar risico dat *toepassing van de bevoegdheden tot preventief onderzoek aan voertuigen, kleding en voorwerpen* door het Hof als niet noodzakelijk in een democratische samenleving in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM wordt geacht. Dit is vooral het geval indien voor het desbetreffende 12-uursgebied of veiligheidsrisicogebied niet (langer) een bijzondere terroristisch risico bestaat of indien het gebied substantieel groter is dan in dit opzicht nodig is. Hetzelfde geldt wanneer het belang bij preventief onderzoek niet tamelijk evident is, terwijl er geen proportionaliteitsafweging plaatsvindt.
16. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen in artikel 46 Sr thans, al dan niet als gevolg van de schrapping van de term “kennelijk”, niet in overeenstemming is met eisen die voortvloeien uit artikel 7 EVRM.

4.2 Wet afgeschermdde getuigen (2006)

a. Inhoud en strekking van de wet

De Wet van 28 september 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het treffen van een regeling inzake het verhoor van afgeschermdde getuigen en enkele andere onderwerpen (Wet afgeschermdde getuigen)²⁵⁸ beoogt de bruikbaarheid in strafzaken van ambtsberichten van de AIVD te verruimen.²⁵⁹ Vanwege de geheimhoudingsvoorschriften in artikel 85 Wet Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten 2002 (hierna: WIV) kunnen medewerkers van de AIVD meestal niet op de terechtzitting of bij de rechter-commissaris in de aanwezigheid van de verdediging over de inhoud van het ambtsbericht worden verhoord. Ingevolge artikel 86 WIV kan de medewerker die krachtens een wettelijke bepaling wordt verplicht als deskundige of getuige op te treden weliswaar worden ontheven van zijn geheimhoudingsplicht, maar dit zal zich met het oog op het belang van de staatsveiligheid niet snel voordoen. Hierdoor kan de betrouwbaarheid van de informatie in de ambtsberichten niet of nauwelijks worden getoetst door de rechter. Bijgevolg kunnen ambtsberichten dan vaak niet als bewijs worden gebruikt.²⁶⁰

De Wet afgeschermdde getuigen voorziet in een procedure waarmee de betrouwbaarheid van het ambtsbericht van de AIVD beter kan worden onderzocht. Medewerkers van de veiligheidsdienst kunnen als afgeschermdde getuige worden gehoord waardoor het mogelijk wordt om de betrouwbaarheid van de ambtsberichten te controleren terwijl tegelijkertijd staatsgeheimen worden beschermd. Daarnaast bewerkstelligt de wet dat ambtsberichten voortaan onder alle omstandigheden als een volwaardig schriftelijk bescheid kunnen worden aangemerkt. De wet staat volgens de memorie van toelichting niet op zichzelf maar moet worden gezien in samenhang met een reeks andere wetswijzigingen die zijn voorgesteld in het kader van terrorismebestrijding.²⁶¹ De procedure van de afgeschermdde getuige zal echter ook op niet terrorisme gerelateerde zaken kunnen worden toegepast.²⁶² Een van de belangrijkste onderdelen van de wet is aldus:

- Het invoegen van een nieuwe afdeling in het Wetboek van Strafvordering waarin bevoegdheden worden gecreëerd op grond waarvan getuigen kunnen worden gehoord als afgeschermdde getuigen (artikel 226m- 226s Sv).

De rechter-commissaris kan tijdens het gerechtelijk vooronderzoek – ambthalf, op vordering van de officier van justitie of op verzoek van de verdachte, diens raadsman of de getuige – bevelen dat een getuige als afgeschermdde getuige wordt gehoord indien, naar redelijkerwijze moet worden aangenomen, het belang van de staatsveiligheid dat eist (thans

²⁵⁸ Stb. 2006, 460. Inwerkingtreding: 1 november 2006 (Stb. 2006, 461). Kamerstukken 29 743.

²⁵⁹ Kamerstukken II 2003-2004, 29 743, 3, p. 1 (MvT).

²⁶⁰ Idem, p. 6 (MvT).

²⁶¹ Idem, p. 1 (MvT).

²⁶² Idem, p. 16 (MvT).

artikel 226m Sv). De procedure is bedoeld voor medewerkers van de AIVD of enige andere inlichtingendienst.²⁶³ Bij toepassing ervan kan de identiteit van de afgeschermd getuige verborgen blijven (artikel 226n Sv) en kan de rechter-commissaris bepalen, indien het belang van de staatsveiligheid dit vereist, dat de verdachte, de raadsman of beiden en de officier van justitie tijdens het verhoor van de afgeschermd getuige niet aanwezig zullen zijn (artikel 226p Sv). In dat geval wordt hen wel de mogelijkheid geboden door middel van telecommunicatie dan wel schriftelijk vragen te stellen (artikel 226p lid 4 Sv). De rechter-commissaris stelt na het verhoor een proces-verbaal op, waarbij hij geen verklaringen mag opnemen die strijdig zijn met het belang van de staatsveiligheid, dan wel een zwaarwegend belang van getuige of een ander (artikel 226p lid 2 Sv). Tijdens het verhoor dient de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de verklaringen van de afgeschermd getuige te onderzoeken en daarover rekenschap af te leggen in het proces-verbaal (artikel 226q Sv). De afgeschermd getuige heeft de mogelijkheid om verstrekking van het proces-verbaal van verhoor aan de officier van justitie, de verdachte alsmede diens raadsman tegen te houden indien het belang van de staatsveiligheid dit vereist (artikelen 226p lid 3 en 226s Sv). Indien de afgeschermd getuige weigert in te stemmen, zal de rechter-commissaris het proces-verbaal dienen te vernietigen. Van deze vernietiging zal de rechter-commissaris proces-verbaal opmaken. Een belangrijk onderdeel van de wet ter aanvulling op de procedure is voorts:

- De mogelijkheid voor de rechter-commissaris om te beletten dat bepaalde antwoorden op vragen aan de afgeschermd getuige ter kennis komen van de officier, de verdachte en diens raadsman indien er gegrond vermoeden bestaat dat door openbaarmaking hiervan het belang van de staatsveiligheid wordt geschaad (artikel 187d lid 1 sub c Sv).

Eerder was dit alleen mogelijk indien er gegrond vermoeden bestaat dat door openbaarmaking hiervan de getuige ernstige overlast zal ondervinden of in de uitoefening van zijn ambt of beroep ernstig zal worden belemmerd dan wel indien een zwaarwegend opsporingsbelang wordt geschaad (artikel 187d lid 1 sub a en b Sv). Volgens de memorie van toelichting maakt de nieuwe procedure het mogelijk voor de rechter-commissaris om in het kader van zijn onderzoek naar de wijze waarop bepaalde informatie is verkregen getuigen te horen en daarover verslag te doen, zonder dat daarbij staatsgevoelige informatie openbaar wordt.²⁶⁴ Niettemin beoogt de procedure uiteindelijk uiteraard te leiden tot bruikbaar bewijs in het strafproces, om welke reden de wet ook voorziet in:

- Het wijzigen van artikel 344 lid 1 sub 3 Sv, waardoor geschriften die zijn opgemaakt door een persoon in openbare dienst van een vreemde staat dan wel een volkenrechtelijke organisatie, voortaan als schriftelijk bescheid worden aangemerkt.

²⁶³ Idem, p. 2 en 17-18 (MvT).

²⁶⁴ Idem, p. 8 (MvT).

Volgens de memorie van toelichting wordt hiermee verzekerd dat ambtsberichten van de AIVD niet worden gecategoriseerd onder “andere geschriften” in artikel 344 lid 1 sub 5 Sv, die enkel tot bewijs kunnen dienen in verband met andere bewijsmiddelen.²⁶⁵ Dat betekent niet dat verklaringen van afgeschermdde getuigen volledig en altijd tot bewijs van het ten laste gelegde feit kunnen dienen. Invoering van de Wet afgeschermdde getuigen resulteerde in:

- Wijzigen van artikel 344a lid 1 Sv, waardoor bewijs “niet uitsluitend of in beslissende mate” kan worden gegrond op anonieme getuigenverklaringen (eerder gold enkel dat bewijs “niet uitsluitend” kon worden gegrond op anonieme getuigenverklaringen).
- Wijzigen van artikel 344a lid 2 Sv, waardoor een proces-verbaal houdende een verklaring van een door de rechter-commissaris gehoorde afgeschermdde getuige wiens identiteit verborgen is gehouden, alleen kan meewerken tot het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan, indien (a) de afgeschermdde getuige als zodanig door de rechter-commissaris is gehoord en (b) het ten laste gelegde feit een voorlopige hechtenis feit betreft dat een ernstige inbreuk op de rechtsorde oplevert gezien de aard ervan, het georganiseerd verband waarin het is begaan, of de samenhang met andere door de verdachte begane misdrijven.
- Wijziging van artikel 360 lid 1 Sv, waardoor een aanvullende motiveringsplicht van toepassing is indien als bewijsmiddel gebruik wordt gemaakt van een verklaring van een afgeschermdde getuige of van schriftelijke bescheiden als bedoeld in artikel 344a lid 3 Sv.

De wet voorziet hiermee dus in respectievelijk een materiële begrenzing, een formele begrenzing en een motiveringseis voor de wijze waarop een verklaring van een afgeschermdde getuige voor het bewijs kan worden gebruikt.

b. Toetsing wet aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter

Uit het rapport van de commissie-Suyver blijkt dat de afgeschermdde-getuigenprocedure tot dan toe nog geheel niet is toegepast.²⁶⁶ Of de wet inmiddels wel is toegepast is niet met zekerheid te zeggen. Analyse van Nederlandse jurisprudentie leidt evenwel tot de conclusie dat de afgeschermdde-getuigenregeling nog niet in een strafprocedure aan de orde is geweest. In elk geval zijn ons geen uitspraken bekend van de Nederlandse rechter waarin deze de Wet afgeschermdde getuigen toetst aan fundamentele rechten.

²⁶⁵ Idem, p. 13 (MvT).

²⁶⁶ Commissie evaluatie antiterrorismebeleid, *Naar een integrale evaluatie van antiterrorisme-maatregelen*, Rapport, mei 2009, p. 27.

Wel lijkt Rechtbank Rotterdam 1 december 2006, *LJN AZ3589 (Piranhazaak)*, weinig enthousiast over de nieuwe regeling. In het vonnis wordt erop gewezen dat geen van de procespartijen het opportuun heeft geacht het verzoek of de vordering te doen om het plaatsvervangend hoofd AIVD dan wel de landelijk officier terrorismebestrijding langs de weg van de artikelen 226m e.v. Sv te doen horen. De rechtbank oordeelt dan: “Nog los van de vraag of de rechtbank de eigen bevoegdheid heeft om te bepalen dat een verhoor langs die weg dient plaats te vinden, is de rechtbank van oordeel dat haar in zo’n geval een terughoudende opstelling past. Andere wegen om de betrouwbaarheid van de door de AIVD overgedragen ambtsberichten te onderzoeken heeft de rechtbank niet gevonden.” Uit de memorie van toelichting blijkt echter dat van de rechter wel degelijk een actieve houding kan worden verwacht ten aanzien van het initiëren van een dergelijk verhoor.²⁶⁷

Verder is in HR 7 oktober 2008, *LJN BC3741*, uitspraak gedaan over de interpretatie van artikel 344 lid 1 sub 3 Sv in relatie tot de bewijskracht van buitenlandse bescheiden. De Hoge Raad toetst daarbij evenwel niet aan fundamentele rechten.

c. Toetsing wet aan fundamentele rechten door internationale instanties

De Wet afgeschermdde getuigen is tot op heden niet door het EHRM aan een van de bepalingen in het EVRM getoetst.²⁶⁸

Dat geldt niet voor de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa. Deze laat zich in zijn laatste rapport over Nederland kritisch over de wet uit.²⁶⁹ Hij is van oordeel dat afbreuk wordt gedaan aan de positie van de verdediging, onder meer omdat de verdediging niet altijd het verhoor van de afgeschermdde getuigen kan bijwonen, de getuige in de meeste zaken anoniem zal blijven en bovendien een beslissende rol heeft in het besluit of het proces-verbaal van het verhoor in het strafproces zal worden ingebracht.²⁷⁰

Wat betreft de VN is van belang dat Nederland de wet noemt in zijn rapport in het kader van de IVBPR-statenrapportageprocedure bij het VN Comité voor de Mensenrechten.²⁷¹ In het verlengde daarvan gaat het Comité op de wet in.²⁷² Het Comité merkt

²⁶⁷ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 743, 7, p. 23-24 (Nota n.a.v. het verslag). Zie ook F. Krips, ‘Over de bruikbaarheid van AIVD-informatie in strafzaken’, in: A. Scheltema & M. Scheltema, *Preadviezen 2009. Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 170-171.

²⁶⁸ Wel zijn er hier irrelevante verwijzingen naar deze wet in EHRM 27 mei 2008, *Ramzy v. the Netherlands*, Appl. 25424/05, par. 17; EHRM 20 juli 2010, *A. v. the Netherlands*, Appl. 4900/06, par. 46.

²⁶⁹ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammerberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2. In de reactie van de Nederlandse regering op het rapport is de kritiek op deze wet niet expliciet besproken laat staan weersproken: zie bij het rapport ‘Appendix 2: The Netherlands government’s response to the report’, par. 36-37; eveneens opgenomen in *Kamerstukken II* 2008-2009, 31 700 V, 95, p. 16-17 (par. 36-37).

²⁷⁰ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammerberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2, par. 166.

²⁷¹ Human Rights Committee, *Replies to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the fourth periodic report of the Netherlands*, CCPR/C/NLD/Q/4/Add.1, 5 June 2009, par. 6.

onder verwijzing naar het recht op een eerlijk proces uit artikel 10 IVBPR op dat de mogelijkheid voor een verdachte “to challenge the case against him is significantly impaired by this law”. Daarom dient Nederland de wet zo toe te passen dat volledige uitvoering wordt gegeven aan het recht van de verdachte om getuigen tegen hem te ondervragen of doen ondervragen in overeenstemming met artikel 14 lid 3 sub e IVBPR.

De wet is verder bij geen van de VN-verdragscomités naar aanleiding van individuele klachten in concrete zaken getoetst of in statenrapportageprocedures besproken. Ook in het kader van de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad is deze niet behandeld.²⁷³

d. Beoordeling wet in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM

Zowel in de verschillende adviezen aan de regering²⁷⁴ en de kamerstukken²⁷⁵ als in de literatuur²⁷⁶ wordt op een aantal punten spanning met artikel 6 EVRM waargenomen. In de memorie van toelichting constateert de regering dat de Wet afgeschermd getuigen inderdaad een beperking van de rechten van de verdediging kan impliceren.²⁷⁷

Volgens de regering kunnen de rechten van de verdediging echter worden beperkt indien dit noodzakelijk is in het belang van de staatsveiligheid. Verwezen wordt naar de arresten *-Dowsett* en *-Doorson*.²⁷⁸ Deze uitspraken impliceren dat de beperkingen die de verdediging ten gevolge van deze regeling op zijn verdedigingsrechten ondervindt zullen moeten worden gecompenseerd. Voor de afgeschermd-getuigenregeling merkt de regering dan op dat zodanige compensatie voldoende kan worden geboden. Relevant daartoe is dat het verhoor van de afgeschermd getuige in handen van de onafhankelijke rechter is, dat de

²⁷² Human Rights Committee, *Concluding Observations, the Netherlands* (96th Session, 2009), CCPR/C/NLD/-CO/4, 25 August 2009, par. 13.

²⁷³ Human Rights Council, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/3, 13 March 2008, par. 33-34.

²⁷⁴ NOvA, *Concept-wetsvoorstel afgeschermd getuigen*, Den Haag 28 juni 2005, en RvdR, *Wetsvoorstel afgeschermd getuigen*, Den Haag 22 november 2004.

²⁷⁵ Zie bijv. *Handelingen II* 2 mei 2005, 76-4600-4630; *Handelingen II* 25 mei 2005, 81-4853-4875; *Kamerstukken I* 2005-2006, B; *Handelingen I* 26 september 2006, 38-1817-1835; *Handelingen I* 26 september 2006, 38-1887-1898.

²⁷⁶ Zie bijv. M. Alink, ‘AIVD-informatie als bewijs in het strafproces. Een Straatsburgs perspectief’, in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben, *Via Straatsburg* (Liber Amoricum Myer), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004, p. 155-179; E. Prakken, ‘Regelgeving en rechtspraak: Terrorisme en het strafproces’, *Strafblad* 2004, 4, p. 228-236; P.H.P.H.M.C. van Kempen, ‘Geheimhouding van informatie. Een niet-terroristische aanslag op de mogelijkheid tot AIVD-medewerking aan de strafrechtspleging?’, *NTM (NJCM-Bul.)* 2005, 3, p. 316-326; D. Marongiu, ‘Afgeschermd getuigen; niet aan beginnen!’, *AA* 2005, 10, p. 793-801; M. Kuijer, *Van Lawless naar een rechtmatige bestrijding van terrorisme* (oratie VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 23-25; A. Beijer, ‘Een nadere kennismaking met de (wet) afgeschermd getuige’, *DD* 2006, 68, p. 959-986; F. Krips, ‘Over de bruikbaarheid van AIVD-informatie in strafzaken’, in: A. Scheltema & M. Scheltema, *Preadviezen 2009. Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2009, p. 129-191.

²⁷⁷ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 743, 3, p. 8 en p. 11 (MvT).

²⁷⁸ EHRM 24 juni 2003, *Dowsett v. the United Kingdom*, Appl. 39482/98, par. 42, resp. EHRM 26 maart 1996, *Doorson v. the Netherlands*, Appl. 20524/92, par. 70.

rechter-commissaris zich op de hoogte moet stellen van de volledige identiteit van de getuige, dat de getuige wordt beëdigd, dat de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de verklaring van de getuige onderzoekt en dat de verdediging beschikt over een adequate mogelijkheid de getuige te ondervragen. Ook wijst de regering op de beperkingen die uit artikel 344a Sv voortvloeien voor wat betreft de mogelijkheid om een verklaring van een afgeschermd getuige voor het bewijs te gebruiken. Verder refereert de regering aan de wijziging van artikel 360 Sv, waardoor de rechter verplicht is het gebruik van de verklaring van de afgeschermd getuige in het bijzonder te motiveren.²⁷⁹ Ook voor artikel 187d Sv neemt de regering het standpunt in dat er voldoende compensatie wordt geboden bij toepassing van deze bepaling. Daartoe wijst men erop dat het verhoor van de getuige in handen is van een onpartijdige en onafhankelijke rechter, dat de procespartijen in de gelegenheid zijn (mede) te bepalen welke vragen door de rechter-commissaris worden onderzocht en dat uiteindelijk de zittingsrechter zal bepalen of er voldoende informatie beschikbaar is voor een goede beoordeling van de zaak.²⁸⁰

In de literatuur wordt met betrekking tot de afgeschermd-getuigenregeling bestreden dat de waarborgen die de wet stelt voldoende compensatie bieden voor de beperking van de verdedigingsrechten. Onder andere wordt gesteld dat het ondervragingsrecht van de verdediging te beperkt is²⁸¹ en dat de rechter-commissaris niet in staat is zelfstandig de betrouwbaarheid van het ambtsbericht te toetsen²⁸². Bovendien wordt betoogd dat de verdediging de kans moet krijgen zijn verweer te onderbouwen, wat lastig is indien deze informatie wordt achtergehouden.²⁸³ Op deze punten zullen wij in het navolgende ingaan.

d-i Het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM)

Als zodanig is de Wet afgeschermd getuigen in elk geval niet in strijd met enig door het EVRM beschermd recht. Met andere woorden: het enkele bestaan van de wet veroorzaakt geen inbreuk op enig fundamenteel recht uit dit verdrag of de protocollen daarbij. Voorts is van belang dat toepassing van de wet in een concreet geval niet noodzakelijk tot schending van een fundamenteel recht zal leiden en dat deze aldus bruikbaar kan zijn binnen de kaders van het EVRM. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval zal toepassing van de wet echter wel in strijd met artikel 6 EVRM kunnen komen. In dit opzicht moet onderscheid worden gemaakt tussen twee situaties:

- Belastende informatie: het verhoor door de rechter-commissaris van de afgeschermd getuige levert belastende informatie op tegen de verdachte en de

²⁷⁹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 743, 3, p. 11 en 12 (MvT).

²⁸⁰ *Idem*, p. 8 (MvT).

²⁸¹ D. Marongiu, 'Afgeschermd getuigen; niet aan beginnen!', *AA* 2005, 10, p. 800.

²⁸² *Idem*, p. 799, en A. Beijer, 'Een nadere kennismaking met de (wet) afgeschermd getuige', *DD* 2006, 68, p. 970-976.

²⁸³ A. Beijer, *a.w.*, p. 977-978.

verklaring van de afgeschermdde getuige wordt vervolgens als bewijs gebruikt voor de bewezenverklaring.

- Ontlastende informatie: de verdediging betoogt dat er ontlastende informatie wordt achtergehouden door de afgeschermdde getuige of in elk geval via de afgeschermdde-getuigenprocedure.

Juist omdat een eventuele schending van artikel 6 EVRM door gebruikmaking van een afgeschermdde getuige ook binnen deze situaties afhankelijk zal zijn van de concrete omstandigheden van het geval, is het onmogelijk volledig in kaart te brengen in welke gevallen zo'n schending zich allemaal zou kunnen voordoen. Wij zullen dan ook concentreren op de belangrijkste risico's.

Belastende informatie

Tot op heden liet het EHRM zich nog nooit uit over de afgeschermdde-getuigenprocedure dan wel over een soortgelijke regeling. Wel heeft het Hof herhaaldelijk uitspraak gedaan over de Nederlandse beschermde-getuigenregeling. Deze regeling is op een aantal punten vergelijkbaar met de afgeschermdde-getuigenregeling en daarom is de Straatsburgse rechtspraak daarover hier instructief.

Een eerste punt van aandacht is dat het gebruik van anonieme getuigenverklaring niet volledig is uitgesloten. Dat gebruik is in principe toelaatbaar indien de daarmee gemoeid gaande beperkingen van de verdedigingsrechten voldoende worden gecompenseerd (zie nader verderop).²⁸⁴ Maar een veroordeling "should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements".²⁸⁵ Dat dit laatste vereiste geen deel uitmaakt van de "counterbalancing procedure" blijkt uit het arrest-*Doorson*. Daarin overweegt het Hof dat "even when 'counterbalancing' procedures are found to compensate sufficiently the handicaps under which the defence labours, a conviction should not be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements".²⁸⁶ Andersom impliceert dit dat indien de veroordeling niet uitsluitend of in beslissende mate op de anonieme getuigenverklaring wordt gebaseerd er toch ook nog in toereikende compensatie moeten worden voorzien voor de handicaps die verdediging in relatie tot die getuigenverklaring ondervond. Indien aan een van beide voorwaarden niet is voldaan levert dat strijd op met artikel 6 EVRM.

Dat neemt niet weg dat naar mate het bewijs minder beslissend is geweest voor de veroordeling ook de handicaps van de verdediging minder compensatie behoeven. Het Hof overweegt in onder meer de zaak-*Visser* dat indien de getuigenverklaring "not in any respect decisive" is, "the defence was handicapped to a much lesser degree."²⁸⁷ Van belang is dan

²⁸⁴ EHRM 26 maart 1996, *Doorson v. the Netherlands*, Appl. 20524/92, par. 72.

²⁸⁵ Idem, par. 76.

²⁸⁶ Idem, par. 76. Zie ook zo EHRM 20 januari 2009, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Appl. 26766/05, par. 37.

²⁸⁷ EHRM 14 februari 2002, *Visser v. the Netherlands*, Appl. 26668/95, par. 13. Zie in dezelfde zin EHRM 4 juli 2000, *Kok v. the Netherlands*, Appl. 43149/98, par. 1; EHRM 28 februari 2006, *Krasniki v. the Czech Republic*, Appl. 51277/99, par. 79; EHRM 29 september 2009, *Dzelili v. Germany*, Appl. 15065/05.

ook dat artikel 344a lid 1 Sv bepaalt dat het bewijs dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan niet uitsluitend of in beslissende mate kan worden gegrond op verklaringen van personen wier identiteit niet blijkt. Die maatstaf lijkt iets minder streng dan die van het Hof, die immers inhoudt dat de getuigenverklaring “not in any respect” beslissend mag zijn om met minder zware compensatie te kunnen volstaan. Naarmate de zittingsrechter artikel 344a lid 1 Sv strenger toepast, zullen minder hoge eisen voor de “counterbalancing procedure” gelden. Maar tegelijkertijd zal die procedure dus niet volledig afwezig mogen zijn. Bij toepassing van de afgeschermd-getuigenprocedure is daarvan in elk geval ook geen sprake.

Die procedure biedt een variëteit aan voorwaarden: het verhoor van de afgeschermd getuige wordt afgenomen door een onafhankelijke en onpartijdige rechter; de rechter-commissaris is op de hoogte van de identiteit van de afgeschermd getuige; de getuige wordt beëdigd; de rechter-commissaris onderzoekt de betrouwbaarheid van de getuigenverklaring; de zittingsrechter moet het gebruik van het ambtsbericht als bewijs in het bijzonder motiveren; en de verdediging heeft de mogelijkheid de getuige te ondervragen. Dit zijn waarborgen ten aanzien waarvan het Hof van oordeel is dat deze inderdaad de beperking van de verdedigingsrechten kunnen compenseren. Het is echter de vraag of deze waarborgen in elke situatie voldoende zullen zijn voor het Hof om de beperking van de verdedigingsrechten te compenseren.

Over het algemeen zal de rechter-commissaris inderdaad als een onafhankelijke en onpartijdige rechter kunnen worden beschouwd. Wel verdient opmerking dat enkel de rechter-commissaris in de rechtbank te Rotterdam is aangewezen om afgeschermd getuigen te verhoren (artikel 178a lid 3 Sv). De gedachte hierachter is dat wanneer een gespecialiseerde rechter-commissaris is aangewezen, deze na verloop van tijd meer deskundigheid heeft om de betrouwbaarheid van de informatie van de AIVD te kunnen beoordelen.²⁸⁸ In de literatuur wordt er op gewezen dat het risico bestaat dat de rechter-commissaris daardoor te dicht bij de AIVD komt te staan en bijgevolg niet meer als onafhankelijk en onpartijdig kan worden beoordeeld.²⁸⁹ In het arrondissement Rotterdam zijn echter tien rechters-commissarissen werkzaam en bovendien zal slechts zelden toepassing worden gegeven aan de afgeschermd-getuigenregeling.²⁹⁰ Wij achten daarom de kans verwaarloosbaar dat het Hof reeds om deze reden zou constateren dat de rechter-commissaris niet onafhankelijk of partijdig is.

²⁸⁸ *Kamerstukken II 2003-2004*, 29 743, 28, p. 2 (Amendement over verplichte concentratie van verhoor afgeschermd getuigen bij rechter-commissaris in Rb Rotterdam).

²⁸⁹ A. Beijer, ‘Een nadere kennismaking met de (wet) afgeschermd getuige’, *DD* 2006, 68, p. 964-965, en E. Prakken, ‘Regelgeving en rechtspraak: Terrorisme en het strafproces’, *Strafblad* 2004, 4, p.234.

²⁹⁰ F. Krips, ‘Over de bruikbaarheid van AIVD-informatie in strafzaken’, in: A. Scheltema & M. Scheltema, *Preadviezen 2009. Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2009, p. 168.

Voor de verplichting de betrouwbaarheid van de verklaring en wellicht van de getuige zelf te onderzoeken (artikel 226q Sv) geldt dat de rechter-commissaris mede afhankelijk zal zijn van de medewerking van de afgeschermdde getuige. Deze kan zich immers bij elke vraag die hem wordt gesteld op zijn geheimhoudingsplicht beroepen. Bovendien heeft de rechter-commissaris geen zelfstandig recht om onderzoek te doen naar de onderliggende stukken. Ook hierbij is hij afhankelijk van de toestemming van de afgeschermdde getuige dan wel de desbetreffende inlichtingendienst. In zoverre kan de onderzoeksplicht van de rechter-commissaris slechts beperkt als een waarborg dienen.²⁹¹ Dat neemt niet weg dat de rechter-commissaris wel de houding van de afgeschermdde getuige kan beoordelen, alsmede de wijze waarop de inhoud en samenhang van de gehele verklaring tijdens het verhoor tot stand werd gebracht. Ondertussen moet men echter voor ogen houden dat zelfs indien de afgeschermdde getuige volledig meewerkt, de toetsing van de informatiebron – dat wil zeggen: de getuige van wie de informatie oorspronkelijk afkomstig is – vaak toch slechts beperkt mogelijk zal zijn voor de rechter-commissaris. Doorgaans zal de afgeschermdde getuige immers niet zelf die bron zijn, maar vormt hij slechts een intermediair tussen de bron en de autoriteiten in de strafrechtspleging. Dat betekent dat de rechter-commissaris ook maar ten dele de betrouwbaarheid van (de verklaringen van) de oorspronkelijke bron zal kunnen beoordelen.

Een eveneens slechts beperkte waarborg zal kunnen uitgaan van de plicht voor de rechter-commissaris om te motiveren waarom de getuige als afgeschermdde getuige wordt gehoord (artikel 226m lid 3 Sv). Hij zal immers vermoedelijk geen toegang krijgen tot daarvoor relevante geheime informatie. Maar zelfs indien hij wel voldoende toegang heeft tot die informatie zal het lastig kunnen zijn om in te schatten of de staatsveiligheid inderdaad bij openbaarmaking van bepaalde informatie wordt bedreigd. Los daarvan geldt bovendien dat hij deze informatie niet zal mogen openbaren.²⁹² Dit zal de mogelijkheid om met een werkelijk inhoudelijke en overtuigende motivering te komen doorgaans zeer bemoeilijken zo niet onmogelijk maken. Uit de memorie van toelichting blijkt dan ook dat de rechter kan volstaan met de vaststelling dat de getuige een ambtenaar is van de AIVD of een andere inlichtingendienst en dat het horen van betrokkene als afgeschermdde getuige noodzakelijk is gelet op de functie die de betrokkene vervult, de aard van de zaak dan wel de bereidheid tot het geven van openheid van zaken.²⁹³ Indien de getuige als afgeschermdde getuige wordt gehoord kan de rechter-commissaris besluiten de identiteit af te schermen indien een zwaarwegend belang van de getuige of een ander dan wel het belang van de staatsveiligheid dit eist. Volgens de wet hoeft de rechter-commissaris deze beslissing niet te motiveren, wellicht omdat men ervan uitgaat dat deze beslissing hetzelfde moment wordt genomen als

²⁹¹ Zie ook D. Marongiu, 'Afgeschermdde getuigen; niet aan beginnen!', AA 2005, 10, p. 799, en A. Beijer, 'Een nadere kennismaking met de (wet) afgeschermdde getuige', DD 2006, 68, p. 971-973.

²⁹² *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 743, 3, p. 9 (MvT).

²⁹³ *Idem*, p. 17-18 (MvT).

de beslissing om de getuige als afgeschermd getuige te horen.²⁹⁴ Uiteindelijk zal de motivering doorgaans dus weinig (kunnen) voorstellen.

De vraag is hoe zich dit verhoudt tot de eisen voortvloeiende uit artikel 6 EVRM. In de rechtspraak over de bedreigde getuige stelt het EHRM strenge eisen aan de motivering. Uit de motivering moet blijken dat het verbergen van de identiteit van getuige noodzakelijk is.²⁹⁵ Dit betekent overigens niet per se dat een gedetailleerde onderbouwing is vereist,²⁹⁶ maar de motivering zal wel overtuigend moeten zijn gelet op de wel bekende feiten en omstandigheden.²⁹⁷ Toch lijkt het niet waarschijnlijk dat het Hof even zware eisen stelt voor zover het gaat om de afgeschermd-getuigenregeling. In zaken waarin informatie voor de verdediging wordt afgeschermd vanwege de nationale veiligheid, oordeelt het Hof dat in principe moet worden afgewogen of dit noodzakelijk is. Die afweging komt toe aan de nationale rechter. Daarbij wijst het Hof erop dat het de afweging tussen het algemeen belang bij geheimhouding van informatie en het belang van de verdachte bij inzage daarin ook niet kan maken indien de informatie altijd geheim is gebleven. In dat geval toetst het Hof enkel de procedure waarin over het geheimhouden van de informatie is beslist teneinde te bezien of die zoveel als mogelijk aan de eisen van “adversarial proceedings” en “equality of arms” voldoet en adequate waarborgen bevat om de belangen van de verdachte te beschermen.²⁹⁸ Het ligt voor de hand dat het Hof voor de afgeschermd getuige eenzelfde benadering zou kiezen.

Wat betreft de rechten van de verdediging om vragen te stellen aan de getuige is relevant dat de afgeschermd getuige meestal zal worden verhoord in afwezigheid van de verdediging.²⁹⁹ Daarbij zal de verdediging dan enkel de mogelijkheid hebben om schriftelijk vragen te stellen.³⁰⁰ Hoewel het Hof de voorkeur geeft aan een directe confrontatie tussen de getuige en de verdachte, kan onder omstandigheden ook een minder directe confrontatie volstaan. In de zaak-Kok oordeelt het Hof dat de beperkingen van de verdediging voldoende was gecompenseerd.³⁰¹ In deze zaak kon de verdediging tijdens het verhoor van de beschermde getuige in een aparte ruimte het verhoor door middel van audioverbinding volgen en vragen stellen. Na elke vraag werd de audioverbinding afgesloten, zodat de getuige met de rechter-commissaris kon overleggen of het antwoord informatie zou bevatten die zijn identiteit kenbaar zou maken. Na dit overleg werd de audioverbinding weer

²⁹⁴ Idem, p. 19 (MvT).

²⁹⁵ EHRM 23 april 1997, *Van Mechelen v. the Netherlands*, Appl. 21363/93, par. 60-61.

²⁹⁶ EHRM 4 juli 2000, *Kok v. the Netherlands*, Appl. 43149/98, par. 1.

²⁹⁷ Zie EHRM 14 februari 2002, *Visser v. the Netherlands*, Appl. 26668/95, par. 14-15; EHRM 28 februari 2006, *Krasniki v. the Czech Republic*, Appl. 51277/99, par. 81-83.

²⁹⁸ EHRM (GK), 16 februari 2000, *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, Appl. 28901/95, par. 60-63; EHRM (GK) 27 oktober 2004, *Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, Appl. 39647/98, par. 46 (onder B, alinea 7). Zie in gelijke zin EHRM 6 juli 2010, *Užkauskas v. Lithuania*, Appl. 16965/04, par. 47; EHRM 8 december 2009, *Janatuinen v. Finland*, Appl. 28552/05, par. 43; EHRM (GK) 16 februari 2000, *Fitt v. the United Kingdom*, Appl. 29777/96, par. 46.

²⁹⁹ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 743, 3, p. 20 (MvT).

³⁰⁰ Idem, p. 21 (MvT).

³⁰¹ EHRM 4 juli 2000, *Kok v. the Netherlands*, Appl. 43149/98, par. 1.

aangesloten en gaf de getuige antwoord. Hoewel het Hof in *Van Mechelen* geen genoegen nam met een dergelijke manier van ondervragen,³⁰² oordeelde het Hof in de zaak-Kok dat dit verhoor voldoende compensatie bood.³⁰³ Belangrijk in deze zaak is vermoedelijk dat “the anonymous testimony was not in any respect decisive for the conviction of the applicant”, waardoor de beperkingen van de verdediging in mindere mate gecompenseerd dienen te worden.³⁰⁴

Het slechts schriftelijk kunnen stellen van vragen, zonder het verhoor te kunnen bijwonen, is echter een zwaardere beperking van de verdedigingsrechten dan een ondervragingsprocedure zoals die in de zaak-Kok is toegepast. Tegelijkertijd lijkt uit de Straatsburg jurisprudentie niet te volgen dat de mogelijkheid om slechts schriftelijke vragen te stellen per definitie inadequaaf is. Maar voor zover deze mogelijkheid inderdaad niet per se fataal hoeft te zijn in de zin van artikel 6 EVRM, zal daarvoor wel nog verder aanvullende compensatie moeten worden geboden, bijvoorbeeld doordat de getuige door de rechter wordt gehoord.³⁰⁵ Dat de vragen schriftelijk zullen zijn is echter niet het enige deficit wat betreft het ondervragingsrecht. De regeling van de anonieme getuige verschilt immers ook daarin van de regeling van de afgeschermden getuige dat de anonieme getuige enkel zwijgt over hetgeen zijn identiteit aangaat, terwijl de afgeschermden getuige niet alleen zijn identiteit niet wil verraden, maar vooral staatsgevoelige informatie dient te beschermen. Nu het verhoor juist is gericht op deze informatie, is het denkbaar dat de verdediging weinig tot geen respons zal krijgen op haar vragen.³⁰⁶

Er is onzes inziens ook indien het getuigenbewijs niet beslissend voor de bewezenverklaring is een risico dat schriftelijke bevraging van de afgeschermden getuige niet voldoende compensatie zal bieden. Dat geldt in het bijzonder wanneer daarbij ook de motivering van de noodzakelijkheid van de afscherming van de getuige weinig substantie heeft. Maar naarmate de getuigenverklaring een marginalere rol speelt voor het bewijs zal het risico op schending van artikel 6 EVRM kleiner en uiteindelijk zelfs verwaarloosbaar kunnen zijn. Het omgekeerde geldt meer naarmate de getuigenverklaring juist een meer substantiële betekenis voor de bewezenverklaring heeft. In elk geval zullen de waarborgen die de wet stelt waarschijnlijk niet steeds zoveel compensatie kunnen bieden voor de beperking van de verdedigingsrechten dat elke afgeschermden-getuigenverklaring altijd als substantiële maar niet-beslissende bijdrage voor de bewezen verklaring bruikbaar is. Gelet op de beperkte waarde van de waarborgen die de afgeschermden-getuigenprocedure biedt, zal de zittingsrechter dan ook zeer terughoudend met het gebruik van daaruit voortvloeiende verklaringen dienen te zijn om schendingen te voorkomen van artikel 6 EVRM.

³⁰² EHRM, *Van Mechelen*, a.w., par. 59.

³⁰³ EHRM 4 juli 2000, *Kok v. the Netherlands*, Appl. 43149/98, par. 1.

³⁰⁴ EHRM, *Kok*, a.w., par. 1; EHRM 14 februari 2002, *Visser v. the Netherlands*, Appl. 26668/95, par. 13.

³⁰⁵ Vgl. EHRM 22 november 2005, *Taal v. Estonia*, Appl. 13249/02, par. 32; EHRM 2 juli 2002, *S.N. v. Sweden*, Appl. 34209/96, par. 52.

³⁰⁶ Zie ook A. Beijer, ‘Een nadere kennismaking met de (wet) afgeschermden getuige’, *DD* 2006, 68, p. 973-974.

Ontlastende informatie

Denkbaar is dat de verdediging binnen een afgeschermd-getuigenprocedure aanvoert dat de inlichtingendienst of de desbetreffende getuige over informatie beschikt die ontlastend voor de verdachte is. Indien dat inderdaad het geval is en de procedure leidt tot inbrenging van deze informatie in het strafproces doet zich geen probleem voor in de zin van artikel 6 EVRM. Dat is wel het geval indien vast komt te staan dat de informatie om veiligheidsredenen inderdaad wordt achtergehouden en hetzelfde kan gelden indien de autoriteiten aanvoeren dat die informatie niet bestaat maar onvoldoende aannemelijk wordt dat dit werkelijk zo is. Binnen de Nederlandse context heeft het EHRM zich nooit over deze situatie uitgesproken. Niettemin valt daarover wel iets te zeggen vanuit onder meer de zogenaamde Engelse *disclosure procedure*, die al wel herhaaldelijk voorwerp van Straatsburgse toetsing was.

In het Verenigd Koninkrijk is de vervolgende instantie in principe verplicht alle informatie, zowel ontlastend als belastend aan de verdediging te openbaren. Indien de vervolgende instantie dat om redenen van staatsveiligheid niet kan of wil, moet dit aan de rechter kenbaar worden gemaakt. De rechter krijgt dan toegang tot deze stukken en zal tijdens de procedure voortdurend controleren of de stukken inderdaad moeten worden achtergehouden of dat deze stukken wellicht toch relevant zijn voor de verdediging en aldus moeten worden geopenbaard. Het EHRM heeft in verschillende zaken uitspraak gedaan over deze procedure in relatie tot het achterhouden van ontlastend materiaal. Voorop staat dat het recht op toegang tot relevante informatie geen absoluut recht is; onder meer nationale veiligheid kan het geheimhouden van informatie rechtvaardigen.³⁰⁷ Maar ook dan zal compensatie (“counterbalance”) moeten plaatsvinden. In dit verband wijst het EHRM erop dat de verdediging in de *disclosure procedure* op de hoogte wordt gebracht van de procedure, daarin verzoeken kan doen en zoveel mogelijk bij het besluitvormingsproces wordt betrokken.³⁰⁸ Hierbij is ook relevant dat “a procedure whereby the investigating authority itself, even when co-operating with the prosecution, attempts to assess what may or may not be relevant to the case, cannot comply with the requirements of Article 6 § 1.”³⁰⁹ Het Hof overweegt over de *disclosure procedure* dan ook dat daarbij een belangrijke waarborg erin ligt dat de rechter voortdurend kan toetsen of de informatie inderdaad moet worden achtergehouden of dat deze informatie dusdanig relevant is voor de verdediging dat deze inzage zou moeten hebben in bepaalde stukken.³¹⁰ Uit de jurisprudentie valt af te leiden dat bij onthouding aan de verdediging en aan de zittingsrechter van relevante wezenlijk ontlastende informatie, een veroordeling van de verdachte niet mogelijk is met in

³⁰⁷ EHRM (GK), 16 februari 2000, *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, Appl. 28901/95, par. 60-63; EHRM 8 december 2009, *Janatuinen v. Finland*, Appl. 28552/05, par. 42.

³⁰⁸ EHRM, *Janatuinen, a.w.*, par. 50.

³⁰⁹ Idem, par. 49; EHRM 31 maart 2009, *Natunen v. Finland*, Appl. 21022/04, par. 47. Zie ook EHRM 24 april 2007, *V. v. Finland*, Appl. 40412/98, par. 74-80.

³¹⁰ EHRM (GK) 16 februari 2000, *Jasper v. the United Kingdom*, Appl. 27052/95, par. 56; EHRM (GK) 16 februari 2000, *Fitt v. the United Kingdom*, Appl. 29777/96, par. 49. Zie ook EHRM, *Janatuinen, a.w.*, par. 50, waarin juist niet werd voldaan aan dit vereiste.

achtneming van artikel 6 EVRM.³¹¹ Die informatie lijkt overigens niet van zodanige aard te moeten zijn dat met inachtneming daarvan een veroordeling per se is uitgesloten, maar deze zal wel tot serieuze nadere beoordeling van wel belastende informatie of van een mogelijke bewezenverklaring moeten leiden.³¹²

In de afgeschermd-getuigenregeling heeft noch de rechter-commissaris noch de zittingsrechter de bevoegdheid die de rechter in de *disclosure procedure* heeft. Wel zal de rechter-commissaris de betrouwbaarheid van de getuige kunnen onderzoeken en dientengevolge (gedeeltelijk) inzage hebben in de geheime informatie. Van informatie die de inlichtingendienst en de afgeschermd getuige achterhouden hebben de rechter-commissaris en de zittingsrechter echter geen weet. Eigenlijk is de positie van de rechter-commissaris niet veel anders indien hij daarvan wel weet heeft – bijvoorbeeld omdat de afgeschermd getuige daarover verklaart – maar de afgeschermd getuige dit als staatsgevoelige informatie beschouwt en geen toestemming voor bekendmaking daarvan geeft. De rechter-commissaris is daar dan aan gebonden. Hij kan er voor kiezen de informatie niet op te nemen in het proces-verbaal, en dan zal zowel de rechter als de verdediging van niets weten. Hij kan er ook voor kiezen de informatie wél op te nemen in het proces-verbaal, waarop de getuige zal beslissen zijn toestemming niet te geven, zodat de rechter-commissaris het proces-verbaal dient te vernietigen. Het resultaat is hetzelfde: zowel de verdediging als de zittingsrechter hebben dan geen inzicht in de informatie.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel heeft dit meermaals tot discussie geleid. Er werd geopperd de rechter-commissaris de mogelijkheid te geven een verklaring op te stellen waarin hij aangeeft dat er ontlastende informatie is.³¹³ De minister van Justitie vond echter dat de staatsveiligheid hiermee in gevaar zou komen en was bovendien van mening dat de zittingsrechter reeds door het niet voegen van het proces-verbaal voldoende informatie krijgt.³¹⁴ Gezien op de hierboven genoemde jurisprudentie van het EHRM lijkt dit echter niet voldoende te zijn. Noch de zittingsrechter noch de rechter-commissaris kan controle uitoefenen over het achterhouden van informatie. De verdediging kan weliswaar vragen stellen aan de afgeschermd getuige, maar dat garandeert niet dat voor de verdediging relevante wezenlijk ontlastende informatie zal worden geopenbaard. Indien zulke informatie inderdaad aan de verdediging en zittingsrechter onthouden wordt, levert dat zoals opgemerkt een schending op van artikel 6 EVRM, indien de verdachte desondanks wordt veroordeeld. De vraag is evenwel of de verdediging of de zittingsrechter die schending aan het licht kunnen brengen respectievelijk kunnen vaststellen.

³¹¹ Zie ook EHRM 7 juni 2007, *Botmeh and Alami v. the United Kingdom*, Appl. 15187/03, par. 38-45; EHRM 24 april 2007, *V. v. Finland*, Appl. 40412/98, par. 74-80; EHRM 4 november 2010, *Bannikova v. Russia*, Appl. 18757/06, par. 56-65 en 73-79.

³¹² In EHRM (GK), 16 februari 2000, *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, Appl. 28901/95, ging het bijvoorbeeld om informatie die zou kunnen zijn gebruikt om de betrouwbaarheid van een hoofdgetuige te ondermijnen.

³¹³ *Handelingen II* 2004-2005, 21 april 2005, 78-4748 (Kamerlid Wolfsen).

³¹⁴ *Handelingen II* 2004-2005, 21 april 2005, 78-4749-4750 (minister Donner).

In elk geval zal de verdediging voor de zittingsrechter het standpunt moeten innemen dat er ontlastende informatie aanwezig is. In het verlengde daarvan zal men onder aanvoering van specifieke reden het verzoek moeten doen om inzage in deze informatie te krijgen.³¹⁵ Dit lijkt op zijn minst te impliceren dat de verdediging enigszins aannemelijk moet maken dat er ontlastende informatie is of in elk geval dat zijn lezing van de feiten zich heeft kunnen voordoen. In *Edwards and Lewis* was daarvan sprake.³¹⁶ In beide zaken ging het om undercoveroperaties. Tijdens beide strafprocessen werd bepaalde informatie voor de verdediging achtergehouden. De rechters hadden in deze zaken besloten de informatie niet te ontsluiten. Zowel Edwards als Lewis stelde te zijn uitgelokt.³¹⁷ Deze stelling onderbouwden zij nauwelijks of niet met toetsbare informatie, maar wel stond vast dat er undercoveroperaties hadden plaatsgevonden. De rechters, die inzage hadden in de staatsgeheime informatie, oordeelden dat ook de informatie omtrent de undercoveroperaties niet diende te worden geopenbaard met het oog op de staatsveiligheid, en dat de verdediging bovendien niets aan deze informatie zou hebben. Uit het arrest blijkt dat geheime informatie die door de rechter is onderzocht ter beoordeling van de noodzakelijkheid van de geheimhouding ervan, niet relevant mag zijn voor andere materiele beslissingen die deze rechter moet nemen.³¹⁸ Nu dit in *Edwards and Lewis* wel het geval was, constateerde het Hof dat artikel 6 EVRM was geschonden.

In Nederland betekent dit in strafzaken dat de zittingsrechter geen toegang kan hebben tot de staatsgeheime informatie. Nu de afgeschermd-getuigenprocedure dit juist ook voorkomt is deze in zoverre Staatsburgproof. Maar dat ook de rechter-commissaris niet kan besluiten ontlastende informatie te openbaren, kan zoals opgemerkt in strijd komen met artikel 6 EVRM. Indien de verdachte dus voldoende aannemelijk beweert uitgelokt te zijn of dat er anderszins ontlastende informatie aanwezig is, terwijl de informatie die relevant is voor de beoordeling van die bewering door de inlichtingendienst wordt achtergehouden, kan uiteindelijk geen enkele rechter over de bewering van de verdediging oordelen. Alleen openbaarmaking van de relevante informatie, zodat de verdediging en de zittingsrechter deze kunnen beoordelen, kan dan de mogelijkheid van een veroordeling met inachtneming van artikel 6 EVRM nog openhouden. Om te voorkomen dat het strafproces stuk loopt zal de afgeschermd-getuigenprocedure dan bruikbaar zijn om precies zoveel informatie te verstrekken dat de bewering van de verdediging toetsbaar wordt.³¹⁹ Uiteindelijk zal de procedure dus kunnen helpen om de risico's op schending van artikel 6 EVRM die voortvloeien uit de inmenging van veiligheidsdiensten met de strafrechtspleging voor te zijn.

³¹⁵ EHRM 8 december 2009, *Janatuinen v. Finland*, Appl. 28552/05, par. 45; EHRM 31 maart 2009, *Natunen v. Finland*, Appl. 21022/04, par. 43.

³¹⁶ EHRM (GK) 27 oktober 2004, *Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, Appl. 39647/98.

³¹⁷ Zie voor een overzicht van de Straatsburgse jurisprudentie inzake uitlokking EHRM 4 november 2010, *Bannikova v. Russia*, Appl. 18757/06, par. 33-65.

³¹⁸ Zie P.H.P.H.M.C. van Kempen, *a.w. NTM (NJCM-Bul.)* 2005, p. 323. Zie ook EHRM, *Bannikova, a.w.*, par. 63.

³¹⁹ Vgl. EHRM, *Bannikova, a.w.*, par. 73-79.

e. Conclusies over de Wet afgeschermdde getuigen

De behandeling van de in de inleiding gedefinieerde onderzoeksvragen voor de Wet afgeschermdde getuigen levert de volgende conclusies op.

1. De Nederlandse rechter heeft de Wet afgeschermdde getuigen of de toepassing daarvan – voor zover blijkt uit de gepubliceerde jurisprudentie – nog geen enkele keer getoetst aan het EVRM of andere fundamentele rechten.
2. Het EHRM heeft de Wet afgeschermdde getuigen, bepalingen daaruit of de toepassing daarvan tot op heden niet aan een van de verdragsbepalingen getoetst.
3. De Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa laat zich in zijn laatste rapport tamelijk kritisch uit over de Wet afgeschermdde getuigen. Hij oordeelt dat er in verschillende opzichten afbreuk aan de positie van de verdediging wordt gedaan.
4. In de statenrapportageprocedure van het IVBPR oordeelt het VN Comité voor de Mensenrechten, onder verwijzing naar het recht op een eerlijk proces uit artikel 10 IVBPR, dat de mogelijkheid voor een verdachte “to challenge the case against him is significantly impaired by this law”. Nederland dient de wet zo toe te passen dat volledige uitvoering wordt gegeven aan het recht van de verdachte om getuigen tegen hem te ondervragen of doen ondervragen in overeenstemming met artikel 14 lid 3 sub e IVBPR. De wet is verder door geen van andere de VN-verdragscomités en evenmin door de VN-Mensenrechtenraad getoetst.

Dit hoofdstuk bevat ook een analyse van de Wet afgeschermdde getuigen op grond van jurisprudentie van het EHRM die niet direct ziet op deze wet (en deels zelfs niet op Nederland). In die analyse is jurisprudentie betrokken die niettemin wel relevant is voor de vraag of deze wet, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de rechten en vrijheden uit het EVRM. Dit levert de volgende conclusies op.

5. Teneinde te bepalen of de – bepalingen in de – Wet afgeschermdde getuigen en de beoogde toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de fundamentele rechten, dient de analyse zich gelet op de aard en inhoud van die wet te concentreren op het recht op een eerlijk proces in artikel 6 EVRM.
6. Als zodanig is de Wet afgeschermdde getuigen niet in strijd met artikel 6 EVRM noch met enige andere bepaling in het verdrag, terwijl ook de toepassing van de wet in een concreet geval niet noodzakelijk tot schending van een fundamenteel recht zal leiden en dat deze aldus bruikbaar kan zijn binnen de kaders van het EVRM. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval zal toepassing van de wet echter wel in strijd met artikel 6 EVRM kunnen komen.
7. Belastende informatie: voor zover de afgeschermdde-getuigenprocedure in belastende informatie resulteert zal het gebruik daarvan voor een bewezenverklaring meer risico

op schending van artikel 6 EVRM opleveren naarmate de getuigenverklaring een meer substantiële betekenis voor de bewezenverklaring heeft. In elk geval zullen de waarborgen die de wet stelt waarschijnlijk niet steeds zoveel compensatie kunnen bieden voor de beperking van de verdedigingsrechten dat elke afgeschermd-getuigenverklaring altijd als substantiële maar niet-beslissende bijdrage voor de bewezen verklaring bruikbaar is. Gelet op de beperkte waarde van de waarborgen die de afgeschermd-getuigenprocedure biedt, zal de zittingsrechter dan ook zeer terughoudend met het gebruik van daaruit voortvloeiende verklaringen dienen te zijn om schendingen te voorkomen van artikel 6 EVRM.

8. Ontlastende informatie: indien de verdediging voldoende aannemelijk beweert uitgelokt te zijn of dat er anderszins ontlastende informatie aanwezig is, terwijl de informatie die relevant is voor de beoordeling van die bewering door de inlichtingendienst wordt achtergehouden, ontstaat er een risico op schending van artikel 6 EVRM. Uiteindelijk kan dan alleen openbaarmaking van de relevante informatie, zodat de verdediging en de zittingsrechter deze kunnen beoordelen, de mogelijkheid van een veroordeling met inachtneming van artikel 6 EVRM nog openhouden. Om te voorkomen dat het strafproces stuk loopt zal de afgeschermd-getuigenprocedure dan bruikbaar zijn om precies zoveel informatie te verstrekken dat de bewering van de verdediging toetsbaar wordt.

5 Bestuursrechtelijke antiterrorisme maatregelen

De antiterrorismemaatregelen beperken zich niet tot het strafrecht. Onder andere ook het bestuursrecht wordt als bruikbaar middel gezien in de strijd tegen het terrorisme. Op dit terrein verdienen hier in elk geval twee belangrijke maatregelen bespreking. Allereerst is dat de voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid en voorts de maatregel persoonsgericht verstoren. Op deze maatregelen gaan wij nu achtereenvolgens in.

5.1 Voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid

a. Inhoud en strekking van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel *Regels inzake het opleggen van beperkende maatregelen aan personen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid en inzake het weigeren of intrekken van beschikkingen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid* (Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid) ligt thans voor in de Eerste Kamer.³²⁰ De gewijzigde versie van het wetsvoorstel die daar in behandeling is staat in het navolgende centraal.³²¹ Bij goedkeuring zou de wet met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid in het bijzonder in het volgende voorzien.

- Individuele maatregelen (artikel 2-4): mogelijkheid tot oplegging door de minister van Binnenlandse Zaken van vrijheidsbeperkende maatregelen indien strafrechtelijk optreden niet, nog niet of niet langer mogelijk is, aan een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan. De volgende vrijheidsbeperkende maatregelen zijn daarbij mogelijk:
 - een verbod om zich te bevinden in de omgeving van bepaalde objecten of in bepaalde delen van Nederland (gebiedsverbod);
 - een verbod om zich te bevinden in de nabijheid van bepaalde personen (persoonsverbod);
 - een verplichting zich periodiek te melden bij de politie (meldingsplicht).
- Afwijzing en intrekking van beschikkingen (artikelen 5 en 6): mogelijkheid tot afwijzing of intrekking door bestuursorganen van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning indien de betrokkene in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan of indien ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt ten behoeve van terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan.

³²⁰ Bij de Tweede Kamer ingediend op 16 mei 2006 en bij de Eerste Kamer op 20 maart 2007. *Kamerstukken* 30 566.

³²¹ *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 566, A (Gewijzigd voorstel van wet).

- Strafbbaarstelling van het opzettelijk handelen in strijd met een opgelegde individuele maatregel met een daarbij toepasselijke strafbedreiging van twee jaar gevangenisstraf (artikel 7).
- Het aanmerken van voormeld strafbaar feit uit artikel 7 als een voorlopige hechtenisfeit in de zin van artikel 67 Sv (artikel 8).

Het doel van de wet zou zijn bij te dragen aan de bescherming van de nationale veiligheid.³²² Meer in het bijzonder gaat het daarbij om het voorkomen van terroristische activiteiten en daarmee samenhangende dreigingen tegen personen of goederen in een dusdanig vroegtijdig stadium dat strafrechtelijk optreden niet (bijvoorbeeld geen strafbaar feit), nog niet (bijvoorbeeld nog onvoldoende verdenking) of niet langer (na vrijspraak) mogelijk is.³²³ Omdat in deze stadia het strafrecht vanwege de aard ervan onvoldoende bruikbaar is ter voorkoming van terrorisme wordt met dit wetsvoorstel voor een bestuursrechtelijke aanpak gekozen.

b. Toetsing wetsvoorstel aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter

Daar de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid nog niet in werking is getreden, maar nog slechts een niet aangenomen wetsvoorstel betreft, heeft van toepassing ervan nog geen sprake kunnen zijn. Aldus heeft er ook nog geen gelegenheid voor de Nederlandse rechter kunnen zijn om de wet of de toepassing ervan aan fundamentele rechten te toetsen.

c. Toetsing wetsvoorstel aan fundamentele rechten door internationale instanties

Uiteraard betekent het gegeven dat de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid nog niet is aangenomen, laat staan in werking getreden, dat het EHRM of een andere internationaal orgaan dat individuele klachten beoordeelt deze nog niet aan mensenrechtenbepalingen heeft kunnen toetsen.

Daarentegen besteedt de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa wel uitgebreid aandacht aan het wetsvoorstel in zijn laatste rapport over Nederland. De commissaris kwalificeert het wetsvoorstel als “een andere controversiële maatregel” en formuleert verschillende bezwaren tegen de maatregelen waar in het voorstel beoogt te voorzien.³²⁴ Ten eerste oordeelt hij dat een gevangenisstraf van twee jaar bij het opzettelijk

³²² Zie over het begrip “nationale veiligheid” vanuit het perspectief van fundamentele rechten: J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 235-349.

³²³ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 1 (MvT).

³²⁴ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2, par. 176. Overigens maakt de officiële reactie op deze kritiek duidelijk dat de Nederlandse regering van opvatting is dat de

handelen in strijd met een opgelegde vrijheidsbeperkende maatregel disproportioneel is.³²⁵ Verder wijst hij erop dat de informatie die aanleiding voor de toepassing van een dergelijke maatregel geeft vaak afkomstig zal zijn van de Algemene Inlichtingen en Veiligheidsdienst (AIVD) en dat die informatie dan moeilijk toegankelijk kan zijn.³²⁶ Zorgwekkend vindt de commissaris ook dat deze maatregelen het recht op vrijheid van verplaatsing en het recht op respect voor het privéleven beperken, in het bijzonder omdat toepassing van deze maatregelen niet onder rechterlijke controle staan.³²⁷ Dat het individu na het opleggen van de maatregel nog wel beroep op de bestuursrechter kan doen, is in dit opzicht niet afdoende.³²⁸ Bijkomend probleem hierbij is dat de tekst van de voorgestelde bepalingen vaag en onduidelijk is. Bovendien zijn de voorgestelde individuele maatregelen toepasbaar op grond van feiten en omstandigheden naar aanleiding waarvan de toepassing van het reguliere strafrecht niet mogelijk is. De aanwending in Nederland van het bestuursrecht ten einde de fundamentele waarborgen van het strafrecht te omzeilen, acht de commissaris zorgwekkend.³²⁹ Dat is het vooral omdat gebruik van dergelijke bestuursrechtelijke maatregelen in een vroegtijdig stadium personen kan raken die niet de intentie hebben om gewelddadige acties na te streven. Vanwege de impact van de maatregelen op mensenrechten dringt de commissaris erop aan om het wetsvoorstel te heroverwegen, ten einde te garanderen dat zij volledig in overeenstemming zijn met de internationale mensenrechten standaarden en principes.³³⁰ Hoewel al deze bevindingen niet uitdrukkelijk worden ondersteund met een juridische analyse van toepasselijke mensenrechtenbepalingen, wijzen deze toch op een aantal belangrijke pijnpunten en impliceren zij harde kritiek op het wetsvoorstel.

Ook bij het VN Comité voor de Mensenrechten dat toeziet op het IVBPR is de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid aan bod geweest. In antwoord op de vraag van het Comité om informatie daarover³³¹ is een zeer summiere beschrijving van de inhoud van het wetsvoorstel gegeven.³³² In reactie daarop merkt het Comité met zorg op dat gebiedsverboden en meldingsplichten door de minister van Binnenlandse Zaken zonder voorafgaande rechterlijke toetsing mogen worden opgelegd aan personen die betrokken zouden kunnen zijn bij terroristische activiteiten of zulke activiteiten steunen. Men wijst er daarbij op dat op overtreding van zo'n verbod of plicht een maximum

Nederlandse antiterrorismemaatregelen reeds voldoen aan de aanbevelingen van de Commissaris: zie bij het rapport 'Appendix 2: The Netherlands government's response to the report', par. 36-37; eveneens opgenomen in *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 700 V, 95, p. 16-17 (par. 36-37).

³²⁵ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2, par. 177.

³²⁶ Idem, par. 176.

³²⁷ Idem, par. 177; zie ook onderdeel *Executive Summary* onder X.

³²⁸ Idem, par. 172.

³²⁹ Idem, par. 172.

³³⁰ Idem, par. 177, en Recommendation 36.

³³¹ Human Rights Committee, *List of issues to be taken up in connection with the Consideration of the fourth periodic report of the Netherlands* (49th Session, 2008), CCPR/C/NLD/Q/4, 25 November 2008, par. 3.

³³² Human Rights Committee, *Replies to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the fourth periodic report of the Netherlands*, CCPR/C/NLD/Q/4/Add.1, 5 June 2009, par. 7.

van een jaar gevangenisstraf staat. Het Comité voor de Mensenrechten oordeelt dat Nederland het wetsvoorstel daarom zou moeten aanpassen, in die zin dat de maatregelen alleen bij een redelijke verdenking van een strafbaar feit toepasbaar zijn, en dat zulke maatregelen in overeenstemming zijn met het in het bijzonder het recht op vrijheid (artikel 9 IVBPR) en het recht op bewegingsvrijheid (artikel 12 lid 1 IVBPR).³³³

Voorts kwam het wetsvoorstel in beeld bij het Comité tegen Foltering dat toeziet op het Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of ontorende behandeling of bestraffing.³³⁴ De vraag van het Committee om informatie over legislatieve, administratieve en andere maatregelen die ter bestrijding van terrorisme worden voorbereid of reeds in werking zijn, beantwoordde Nederland met een korte uiteenzetting van de inhoud van het wetsvoorstel.³³⁵ Tot een inhoudelijke reactie van het Committee daarop is het echter niet gekomen.³³⁶

Bij de andere VN-verdragscomités was de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid geen voorwerp van discussie. Overigens impliceert het gegeven dat de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid nog geen geldend recht is, vanzelfsprekend ook wat betreft de VN-comités dat deze maatregel nog niet in concrete zaken naar aanleiding van individuele klachten is kunnen worden beoordeeld. Er is derhalve geen jurisprudentie van de VN-comités over de voorgestelde wet beschikbaar. Wel was er voor het wetsvoorstel ook nog enige aandacht in het kader van de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad.³³⁷ De Raad zelf ging echter ook op dit wetsvoorstel niet specifiek in, zodat daarvoor hooguit de algemene aanbevelingen aan Nederland relevant zijn.³³⁸ Zie daarvoor en voor de reactie van Nederland daarop paragraaf 4.1.c.

d. Beoordeling wetsvoorstel in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM

Het voorstel tot de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid krijgt in de kamerstukken relatief veel en in de literatuur behoorlijk wat aandacht vanuit de fundamentele rechten.

³³³ Human Rights Committee, *Concluding Observations, the Netherlands* (96th Session, 2009), CCPR/C/NLD/CO/4, 25 August 2009, par. 10.

³³⁴ Committee against Torture, *List of issues to be considered during the examination of the fourth periodic report of Netherlands* (38th Session, 2007), CAT/C/NET/Q/4/Rev. 1, 15 February 2007, par. 3.

³³⁵ Committee against Torture, *Written replies by the Government of The Netherlands to the list of issues* (38th Session, 2007), CAT/C/NET/Q/4/Rev.1/Add.1, 4 May 2007, Question 3, p. 4-5.

³³⁶ Committee against Torture, *Concluding Observations, the Netherlands* (38th Session, 2007), CAT/C/NET/CO/4, 3 August 2007.

³³⁷ Human Rights Council, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/3, 13 March 2008, par. 33-34.

³³⁸ Human Rights Council, *Addendum. Response of the Kingdom of the Netherlands to the recommendations it received during the universal periodic review on 15 April 2008* (8th Session, 2009), A/HRC/8/31/Add.1, 25 August 2008, par. 40 (bij Recommendation 29).

Het gebiedsverbod, het persoonsverbod en de meldingsplicht worden besproken in het licht van het recht op vrijheid in de zin van artikel 5 EVRM, het recht op bewegingsvrijheid uit artikel 2 Vierde Protocol (P4) EVRM en uiteindelijk ook het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM.³³⁹

Wat betreft de eerstgenoemde bepaling stelt de regering dat in casu geen sprake is “van vrijheidsberovende maatregelen in de zin van artikel 5 EVRM.”³⁴⁰ Dat geldt volgens de regering dus voor zowel het gebiedsverbod, het persoonsverbod en de meldingsplicht. Die conclusie wordt in de literatuur onderschreven.³⁴¹ Ook wij menen dat – ook al blijkt uit het recente arrest *Gillan and Quinton*³⁴² dat de reikwijdte van artikel 5 EVRM wellicht ruimer is dan wel wordt aangenomen – dat deze bepaling niet van toepassing is nu zelfs van een zeer kortdurende maar volledige vrijheidsbeperking in beginsel geen sprake is bij deze maatregel. Wij zullen deze bepaling hierna verder dan ook buiten beschouwing laten.

De regering acht het wel mogelijk dat het gebiedsverbod en de meldingsplicht (maar kennelijk niet het persoonsverbod) inbreuk maken op artikel 2 P4 EVRM. Indien dat inderdaad zo zou zijn hoeft de toelaatbaarheid van die inbreuk volgens de regering in beginsel niet af te stuiten op de voorwaarden gesteld in het derde lid van deze bepaling (namelijk de voorwaarden dat de inbreuk bij de wet is voorzien, in een democratische samenleving noodzakelijk is en een legitiem doel dient).³⁴³ In de literatuur wordt zonder meer aangenomen dat artikel 2 P4 EVRM hier van toepassing is. Bovendien komt daarin naar voren dat er wel degelijk risico's zijn dat toepassing van de maatregelen in concrete omstandigheden in strijd is met deze bepaling.³⁴⁴ Hieronder zullen wij nader aandacht daaraan besteden.

Aangaande het persoonsverbod (maar kennelijk niet het gebiedsverbod en de meldingsplicht) valt volgens de regering niet uit te sluiten dat de oplegging daarvan een inmenging betekent in het privéleven in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM.³⁴⁵ Overigens zouden met name het gebiedsverbod en het persoonsverbod onder omstandigheden ook inbreuk kunnen maken op het recht op vrijheid van religie uit artikel 9 EVRM en het recht op vrijheid van vergadering en vereniging uit artikel 11 EVRM (bijvoorbeeld wanneer het verbod ziet op het bezoeken van een gebedshuis of geestelijk leider³⁴⁶). Hieronder zullen artikel 8 EVRM centraal stellen. Hetgeen wij daarover opmerken is – erop gelet dat de beperkingregimes van artikel 9 lid 2 en artikel 10 lid 2 in hoge mate gelijk zijn aan dat van artikel 8 lid 2 – in

³³⁹ Zie vooral *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 10-13 en 16 (MvT).

³⁴⁰ Idem, p. 10 (MvT).

³⁴¹ C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, ‘Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?’, *NJB* 2006, p. 2527; A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, ‘Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid’, *Tijdschrift Openbaar bestuur* 2009, p. 5-11 (zie paragraaf ‘Houdbaarheid wet en grondrechten’).

³⁴² EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4185/05, par. 56-57.

³⁴³ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 10-12 (MvT).

³⁴⁴ C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, *a.w.*, p. 2527-2528; A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, *a.w.*, (zie paragraaf ‘Houdbaarheid wet en grondrechten’); M. Kuijer, *Van Lawless naar een rechtmatige bestrijding van terrorisme* (oratie VU), Wolf Legal Publishers: Nijmegen, 2005, p. 15-17.

³⁴⁵ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 12-13 (MvT).

³⁴⁶ Voorbeeld ontleent aan C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, ‘Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?’, *NJB* 2006, p. 2528-2529.

beginsel *mutatis mutandis* van toepassing op de situatie waarin sprake zou zijn van een beperking door individuele maatregelen van de vrijheden van religie en vergadering en vereniging. Omdat er over artikel 8 EVRM meer relevante jurisprudentie beschikbaar is dan over artikel 2 P4 EVRM, terwijl eerstgenoemde bepaling hiervoor al uitgebreid aan bod kwam voor het materiële strafrecht en het strafprocesrecht, zullen wij om redenen van doelmatigheid overigens eerst stilstaan bij artikel 8 EVRM en pas in de daaropvolgende subparagraaf bij artikel 2 P4 EVRM.

De regering houdt er rekening mee dat de *intrekking* door een bestuursorgaan van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning inbreuk maakt op het recht op eigendom uit artikel 1 Eerste Protocol (P1) EVRM.³⁴⁷ Vervolgens lijkt men tot de conclusie te komen dat zo'n intrekking binnen de voorwaarden van deze bepaling zal kunnen plaatsvinden. Ondertussen huldigt de regering het standpunt dat de weigering van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning in de regel géén problemen met artikel 1 P1 EVRM zal opleveren. Onder verwijzing naar EHRM 13 juni 1979, *Marckx v. Belgium*, Appl. 6833/74, par. 50, voert men daarvoor als reden aan dat “toekomstig, nog te verwerven eigendom niet onder het bereik van artikel 1” P1 EVRM valt.³⁴⁸ Hoewel dit op zichzelf juist is, betekent dat gelet op de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 1 P1 EVRM nog niet dat de weigering van een beschikking nooit inbreuk op het recht van eigendom kan maken. Daarom zal zowel de intrekking, de weigering als ook de niet-voortzetting van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning hierna kort aan bod komen vanuit deze bepaling.

Betreffende de procedurele rechtsbescherming tegen de toepassing van individuele maatregelen (gebiedsverbod, persoonsverbod en meldingsplicht) en de afwijzing en intrekking van beschikkingen, neemt de regering het onderbouwde standpunt in dat deze fase niet strafrechtelijk van aard is en dat daarin ook geen sprake is van een “criminal charge” in de zin van artikel 6 EVRM.³⁴⁹ Deze conclusie wordt door sommigen in de literatuur onderschreven,³⁵⁰ terwijl anderen op grond van een veel uitgebreidere analyse betogen dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat toepassing van dergelijke maatregelen wel een “criminal charge” inhoudt³⁵¹. Gelet op de uitgebreide behandeling in de kamerstukken en in de literatuur zullen wij op deze kwestie niet nader ingaan. Wel is er in het verlengde hiervan een vraag die enige aandacht verdient. Dat is de vraag of gebruikmaking van de in het wetsvoorstel voorziene maatregelen de presumptie van

³⁴⁷ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 15-17 (MvT).

³⁴⁸ *Idem*, p. 15 (MvT).

³⁴⁹ *Idem*, p. 13-14 (MvT).

³⁵⁰ C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, ‘Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?’, *NJB* 2006, p. 2527.

³⁵¹ Zie A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, ‘Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?’, *Gemeentestem* 2007, 7285, p. 611-621 (althans wat betreft de intrekking van een beschikking). Zie verder A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, ‘Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid’, *Tijdschrift Openbaar bestuur* 2009, (zie paragraaf ‘Houdbaarheid wet en grondrechten’) (die juist menen dat bij een individuele maatregel van een “criminal charge” sprake zou kunnen zijn).

onschuld uit artikel 6 lid 2 EVRM schendt, welk principe in beginsel slechts bij een “criminal charge” van toepassing is. Op dit principe zullen wij in het navolgende kort ingegaan.

Tot slot is in de literatuur nog betoogd dat het niet uitgesloten is dat het EHRM bij toetsing van de uitvoering van de maatregelen uit het wetsvoorstel een schending zou constateren van artikel 14 EVRM inzake het verbod van discriminatie in relatie tot verdragsrechten.³⁵² Overigens zou dan ook het algemeen verbod van discriminatie uit artikel 1 Twaalfde Protocol (P12) EVRM relevant zijn. Als zodanig geeft de voorgestelde wet naar ons idee geen aanleiding tot discriminatie. Weliswaar bevat de memorie van toelichting veel op de islam gerichte voorbeelden, maar steeds is daarbij duidelijk dat de wet zich richt op extremistische en/of gewelddadige aanhangers van deze religie van wie een terroristische dreiging uitgaat, en niet op moslims in het algemeen vanwege hun moslim zijn. Bovendien is de wet ook zeker niet voorbehouden tot alleen voormelde extremistische groep. De vraag of van discriminatie sprake zou zijn in een concreet geval zal dan ook afhankelijk zijn van de specifieke redenen voor toepassing van de maatregel in dat geval. Om die reden stellen wij deze kwestie hierna niet verder aan de orde.

d-i Individuele maatregelen en het recht op privéleven (artikel 8 EVRM) en de vrijheden van religie (artikel 9 EVRM) en vergadering en vereniging (artikel 11 EVRM)

In relatie tot de individuele maatregelen van het gebiedsverbod, het persoonsverbod en de meldingsplicht is gezien vanuit artikel 8 EVRM vooral relevant dat deze bepaling mede bescherming beoogt te verschaffen van het recht op persoonlijke ontwikkeling en het recht om relaties met andere mensen en met de buitenwereld aan te gaan en te ontwikkelen.³⁵³ Gebiedsverboden, persoonsverboden en ook meldingsplichten kunnen gemakkelijk – maar niet noodzakelijk – aan de vrije uitoefening van deze rechten in de weg staan.

Bij een gebiedsverbod is daarvan in elk geval sprake indien zich in het gebied personen of organisaties bevinden waarmee de betrokkene een relatie heeft of daadwerkelijk zou willen ontwikkelen³⁵⁴ (dat kunnen bijvoorbeeld ook verenigingen of gebedshuizen zijn, in welk geval eveneens artikel 9 EVRM en/of artikel 11 EVRM kunnen spelen). Een persoonsverbod (in de memorie van toelichting ook wel aangeduid als contactverbod³⁵⁵) belemmert het onderhouden of aangaan van de relatie met de persoon waarop het verbod ziet alsmede met mensen die veelal in de omgeving van die persoon verkeren. Weliswaar lijkt het erop dat de maatregel alleen bedoeld is om personen te beschermen die juist geen

³⁵² C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, ‘Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?’, *NJB* 2006, p. 2528.

³⁵³ EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. 30562/04, par. 67; EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4185/05, par. 61.

³⁵⁴ Vgl. EHRM 6 december 2005, *İletmiş v. Turkey*, Appl. 29871/96, par. 42.

³⁵⁵ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 23 en 40 (MvT).

relatie wensen met de adressant van de maatregel,³⁵⁶ maar de tekst van de voorgestelde bepaling (artikel 2 lid 2, eerste zin en sub b) laat ruimte om de maatregel ook in te zetten teneinde juist gewilde – fysieke – contacten tussen personen te bemoeilijken (bijvoorbeeld tussen een geestelijk leider en bepaalde volgelingen; dan is ook artikel 9 EVRM toepasselijk).³⁵⁷ Overigens is het zeer de vraag of de autoriteiten de door personen gewilde omgang met elkaar mogen verbieden; in elk geval zou dit een zeer vergaande inbreuk maken op artikel 8 EVRM. Ten slotte kan ook een meldingsplicht het aangaan of onderhouden van relaties met anderen bemoeilijken, vooral indien de meldingsplicht zeer frequent is en die anderen niet in de nabijheid verblijven van de plaats waar men zich steeds dient te melden.

Overigens zou artikel 8 EVRM in bijzondere omstandigheden ook nog relevant kunnen zijn voor het afwijzen en intrekken van beschikkingen over subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien zodanige afwijzing of intrekking wezenlijke invloed heeft op de mogelijkheid om een beroep of bepaald werk te kunnen uitoefenen (artikel 9 EVRM en artikel 11 EVRM kunnen hierbij spelen wanneer de afwijzing of intrekking ziet op bijvoorbeeld een vereniging of een religieuze organisatie³⁵⁸). Omdat deze kwestie wel zeer specifiek is, terwijl onze uiteenzetting inzake het beroepsverbod reeds een redelijke indicatie geeft van de betekenis die artikel 8 EVRM ook in dit opzicht zou kunnen hebben, laten wij dit onderwerp verder rusten.³⁵⁹

Gelet op het bovenstaande gaan wij er van uit dat oplegging van individuele maatregelen in beginsel inbreuk op artikel 8 lid 1 EVRM zal maken. Dat het EHRM klachten over gebiedsverboden en meldingsplichten waarschijnlijk primair onder artikel 2 P4 EVRM zal onderzoeken, doet overigens niet af aan de toepasselijkheid hier van de voorwaarde uit artikel 8 EVRM.³⁶⁰ Aldus zal de inbreuk – de maatregel – ingevolge artikel 8 lid 2 EVRM bij wet moeten zijn voorzien, noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving en een door het EVRM erkend legitiem doel moeten nastreven.³⁶¹

Eerst de voorwaarde dat de beperking bij wet moet zijn voorzien. Toepassing van de maatregelen binnen de door de wet gegeven kaders zou impliceren dat die toepassing een basis in de wet heeft. Maar ook nu gelden kwaliteitseisen: de wet zal toegankelijk en voorzienbaar moeten zijn. Mocht de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale

³⁵⁶ Idem, p. 25 (zie ook p. 38) (MvT): “Deze maatregel dient ter bescherming van personen voor wie bescherming is vereist.” Zie ook *Kamerstukken I* 2007-2008, 30 566, C, p. 2-3 (MvA)

³⁵⁷ In *Kamerstukken I* 2006-2007, 30 566, A (Gewijzigd voorstel van wet) luidt artikel 2 lid 2, eerste zin en sub b: “Een maatregel kan bestaan uit een of meer van de volgende verplichtingen: a. [...]; b. zich te houden aan een verbod om zich te bevinden in de nabijheid van een of meer bepaalde personen; c. [...]”

³⁵⁸ Vgl. EHRM 8 juli 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria*, Appl. 40825/98, par. 62; EHRM 5 oktober 2006, *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, Appl. 72881/01, par. 58, 71 and 97-98.

³⁵⁹ Zie hierboven paragraaf 3.2.d-v.

³⁶⁰ Zie o.a. EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyli v. Azerbeijan*, Appl. 16528/05, par. 34; EHRM 4 juni 2002, *Olivieira v. the Netherlands*, Appl. 33129/96, par. 69.

³⁶¹ Zie over deze voorwaarden nader paragraaf 3.2.d-v.

veiligheid worden aangenomen, dan zal de wet met publicatie ervan in het Staatsblad voldoende toegankelijk zijn. De vraag is dan ook vooral of de wet voldoende voorzienbaar is.

Voor die vraag is relevant dat elk van de maatregelen oplegbaar is zonder dat sprake is van een verdenking tegen degene aan wie de maatregel wordt opgelegd. Het arrest *Gillan and Quinton* lijkt – zoals reeds opgemerkt – te impliceren dat inbreuken op artikel 8 EVRM met het oog op de nationale veiligheid of het voorkomen van criminaliteit ook kunnen zijn toegestaan zonder dat er een verdenking bestaat.³⁶² Maar gemakkelijk is dat niet.³⁶³ In elk geval zal de toepasselijke regeling bij het ontbreken daarin van een verdenkingsvereiste, ter compensatie daarvan moeten voorzien in alternatieve materiële voorwaarde. Het hof stelt tamelijk strenge condities aan dat alternatief. Zo is het dan onvoldoende wanneer de toepassing van de inbreuk op artikel 8 EVRM slechts verbonden is aan de voorwaarde dat degene die de inbreuk maakt of toelaat dit “nuttig acht voor het voorkomen van terrorisme”.³⁶⁴ Het EHRM maakt duidelijk dat ten minste zal moeten worden voorzien in een voorwaarde die dwingt tot een proportionaliteitsafweging en het geeft aan dat het in de wet opnemen van een vereiste van noodzakelijkheid in dit opzicht adequaat kan zijn. Indien de wet de toepassing van inbreuken op artikel 8 EVRM zonder het bestaan van een verdenking niet van een werkelijk inhoudelijke proportionaliteitsafweging afhankelijk maakt, dan kan dit betekenen – zoals in de zaak-*Gillan and Quinton* – dat reeds de wet zelf onvoldoende voorzienbaar is, zodat toepassing ervan per definitie in strijd met het recht op privéleven zal zijn.

Wat betekent dit voor het voorstel Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid? Door de Commissaris voor de Rechten van de Mens (zie boven) en ook in de literatuur is er reeds op gewezen dat de bepalingen in het wetsvoorstel vaag en onduidelijk zijn.³⁶⁵ Allereerst verdient opmerking dat hoewel voor oplegging van de individuele maatregelen geen verdenking criterium geldt, artikel 2 lid 1 van de wet toch wel in een individualiserend criterium voorziet. De maatregel is immers slechts oplegbaar aan “een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan”. Volgens de memorie van toelichting gaat het hierbij niet om een enkele gedraging, maar om een samenstel van gedragingen waaruit een bepaald patroon naar voren komt.³⁶⁶ Dit impliceert een nadere inhoudelijke verzwaring van het criterium. Niettemin dient men zich hierbij goed te realiseren dat zowel elk van de gedragingen afzonderlijk als het patroon volstrekt legaal kunnen zijn en aldus absoluut geen strafbaar feit (of voorbereiding of poging daarvan) hoeven te behelzen. Voorts is krachtens artikel 2 lid 1 voor oplegging vereist dat dit “noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid”. Naar Nederlands recht duidt het begrip

³⁶² EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4185/05, par. 76-87 (geen verdenking, toch nog uitgebreide toetsing of inbreuk toelaatbaar was); zie hiervoor ook paragraaf 4.1.d-iv (onder: Voorzienbaarheid en het begrip “aanwijzingen” bij de bijzonder opsporingsbevoegdheden).

³⁶³ EHRM, *Gillan and Quinton*, a.w., par. 83 en 86.

³⁶⁴ Idem, par. 80 in de context van par. 76-87.

³⁶⁵ C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, ‘Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?’, *NJB* 2006, p. 2527.

³⁶⁶ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 11 (MvT).

noodzakelijkheid vooral op een subsidiariteitseis: de maatregel mag worden aangewend indien er geen minder ingrijpende mogelijkheid beschikbaar is waarmee hetzelfde doel kan worden gerealiseerd. Alleen een subsidiariteitstoets lijkt echter onvoldoende. Het EVRM verlangt een proportionaliteitstoets. Aannemelijk is dat die ook nu vereist dat een redelijke balans tussen het algemeen belang en het belang van het individu wordt getroffen,³⁶⁷ al is het alleen maar om dat anders later immers per definitie ook niet de “noodzakelijk in een democratische samenleving”-toets zal kunnen worden doorstaan.³⁶⁸ Verder telt dat alleen de minister de maatregelen kan opleggen, hetgeen reeds praktisch-procedureel gezien een zekere beperking voor het op grotere schaal toepassen van dergelijke maatregelen impliceert. Daarnaast is relevant dat tegen het besluit tot het opleggen van de maatregelen in het concrete geval beroep bij de rechter openstaat.³⁶⁹ Gelet op deze stand van zaken menen wij dat het onwaarschijnlijk is dat de bepalingen inzake het opleggen van individuele maatregelen bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM zouden worden geacht. Voor zover de minister binnen de kaders van de wet blijft zal bovendien ook de toepassing daarvan voorzienbaar zijn.

Dan de tweede voorwaarde. Het is evident dat de individuele maatregelen beogen bij te dragen aan de nationale veiligheid en het voorkomen van terroristische criminaliteit. Daarom en mede gelet op de rechtspraak over deze voorwaarde is het ook nu zeer onwaarschijnlijk dat het Hof zou oordelen dat de maatregelen geen legitiem doel in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM dienen.

Ten slotte nog enkele opmerkingen over de voorwaarde dat de inbreuk – hier de toepassing van een individuele maatregel – noodzakelijk in een democratische samenleving dient te zijn. Of hiervan sprake is zal zoals altijd sterk afhangen van de concrete feiten en omstandigheden. In elk geval volgt uit deze voorwaarde dat het vervuld zijn van de door de wet gestelde voorwaarden door concrete feiten en omstandigheden wordt onderbouwd. Dat betekent dus dat bij toepassing van een individuele maatregel uit feiten en omstandigheden moet blijken dat het daadwerkelijk gaat om “een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan” en dat oplegging van de maatregel aan die persoon “noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid”. Anders dan de memorie van toelichting suggereert, impliceert de “noodzaak om op te treden tegen de dreiging van de zijde van terroristische groeperingen” nog niet per se dat er ook in verband met het

³⁶⁷ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4185/05, par. 82, in relatie tot o.a. EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. 30562/04, par. 118 en 125, en voorts EHRM 26 maart 1987, *Leander v. Sweden*, Appl. 9248/81, par. 59.

³⁶⁸ EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05, par. 82, in relatie tot EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. 30562/04, par. 118 en 125.

³⁶⁹ Vgl. het manco besproken in EHRM, *Gillan and Quinton, a.w.*, par. 82.

desbetreffende individu “een pressing social need” tot toepassing van de maatregel is.³⁷⁰ Proportionaliteit in zijn algemeenheid is niet voldoende, er zal een proportionaliteitstoets moeten plaatsvinden in het concrete geval, zij het dat die enigszins abstract van aard mag blijven. Hierbij dient men er rekening mee te houden dat de gedragingen van betrokkene (zowel elk daarvan afzonderlijk als het patroon daarvan) volstrekt legaal kunnen zijn en aldus absoluut geen strafbaar feit (of voorbereiding of poging daarvan) hoeven te behelzen. Proportionaliteit is overigens niet alleen vereist op het moment van oplegging van de maatregel maar gedurende de hele periode van gelding ervan. Dit betekent niet dat die proportionaliteit voortdurend getoetst dient te worden, maar wel dat dit met enige regelmaat gebeurt. In beginsel zal de minister bij elke verlenging van de maatregel (ingevolge artikel 3 lid 1 en lid 2: voor maximaal drie maanden tot in totaal twee jaar) dan ook moeten bezien of nog altijd aan de voorwaarden voldaan is. Overigens beoogt artikel 3 lid 5 in dit opzicht een waarborg te bieden door te bepalen: “Een opgelegde maatregel wordt in ieder geval ingetrokken zodra deze niet langer noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid.” Al met al bestaat er dus met name een risico dat toepassing van de individuele maatregelen in strijd komt met artikel 8 EVRM wanneer de concrete feiten en omstandigheden de door de wet gestelde toepassingsvoorwaarden onvoldoende substantieel ondersteunen, wanneer van een daadwerkelijke en voldoende concrete proportionaliteitstoetsing geen sprake is of wanneer de maatregel alsmaar wordt voortgezet zonder dat daaraan hernieuwde afwegingen ten grondslag liggen.

d-ii Individuele maatregelen en het recht op bewegingsvrijheid (artikel 2 P4 EVRM)

Voor het recht op bewegingsvrijheid in de zin van artikel 2 Vierde Protocol (P4) EVRM geldt een beperkingsregime dat in hoge mate overeenstemt met het bepaalde in artikel 8 lid 2 EVRM. Veel van het zojuist bepaalde is hier dan ook van toepassing en navolgende uiteenzetting zal daarop voortbouwen.

Artikel 2 P4 EVRM garandeert voor legaal op het grondgebied verblijvende personen het recht zich vrijelijk te verplaatsen en vrijelijk een verblijfplaats te kiezen (lid 1) en voor een ieder om het land waar men verblijft – met inbegrip van het eigen land – te verlaten. Van inbreuk op het recht op bewegingsvrijheid was in elk geval sprake bij: een gebiedsverbod;³⁷¹ plicht om zich bij de politie te melden bij wijziging woonadres of overnachting elders;³⁷² plicht om de woonplaats niet zonder toestemming te verlaten;³⁷³ verbod om te verhuizen;³⁷⁴

³⁷⁰ *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 566, 3, p. 11 (MvT). Die suggestie wordt ook niet geheel weggenomen door *Kamerstukken II 2005-2006*, 30 566, 4, p. 5 (Advies Raad van State en nader rapport).

³⁷¹ EHRM 4 juni 2002, *Olivieira v. the Netherlands*, Appl. 33129/96, par. 39; EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd v. the Netherlands*, Appl. 37331/97, par. 46.

³⁷² EHRM 5 oktober 2006, *Bolat v. Russia*, Appl. 14139/03, par. 65.

³⁷³ Vgl. EHRM 14 december 2004, *Fedorov & Fedorova v. Russia*, Appl. 31008/02, par. 2; EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyli v. Azerbaijan*, Appl. 16528/05, par. 58.

het moeten afstaan van het paspoort of ander identiteitsdocument;³⁷⁵ en de belemmering om een bepaald land in te gaan.³⁷⁶ Hoewel het EHRM het verbod om de woonplaats te verlaten wat betreft artikel 2 P4 EVRM als een “minimal intrusive” maatregel beschouwt – althans in elk geval wanneer deze wordt toegepast tegen een verdachte als alternatief voor voorlopige hechtenis³⁷⁷ – dient gelet op deze voorbeelden te worden aangenomen dat een gebiedsverbod en mogelijk ook een persoonsverbod en een meldingsplicht inbreuk op het recht op bewegingsvrijheid maken.

Beperkingen van deze rechten zijn toegelaten voor zover weer aan de drie klassieke voorwaarden is voldaan. De beperkingen moeten dus bij de wet zijn voorzien, in een democratische samenleving noodzakelijk zijn en ten minste één van de in artikel 2 lid 3 P4 EVRM genoemde legitieme doelen nastreven.

Puur gelet op voorgaande bespreking inzake artikel 8 EVRM is het onwaarschijnlijk dat de bepalingen inzake het opleggen van individuele maatregelen bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 2 P4 EVRM zouden worden geacht. Maar het is de vraag of hetgeen voor eerstgenoemde bepaling van toepassing is ook geldt voor laatstgenoemde. Zeer wel verdedigbaar is immers dat het Hof de beperking die uitgaat van een individuele maatregel wat betreft het recht op bewegingsvrijheid ernstiger acht dan in relatie tot het recht op privéleven. Indien dat zo is zou het daaraan hogere eisen kunnen stellen, zoals het Hof in het algemeen doet wanneer inbreuken verstrekkender zijn. De vraag of dit inderdaad het geval is valt niet gemakkelijk te beantwoorden.

Enige indicatie geven niettemin de zaken *-Labita* en *-Raimondo*, waarin het Hof Italiaanse wetgeving in overeenstemming met het “bij de wet voorzien”-vereiste acht. Ingevolge die wetgeving kunnen individuele preventieve maatregelen worden opgelegd aan: “*persons presenting a danger for security and public morality* (misura di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità), *anyone who is regularly and notoriously involved in illicit dealings* (che sono abitualmente e notoriamente dediti a traffici illeciti) *and individuals who, by reason of their behaviour and style of life* (tenore di vita), *must be considered as habitually living, even in part, on the proceeds of crime or on the rewards of complicity therein* (con il favoreggiamento), *or whose outward conduct gives good reason to believe that they have criminal tendencies* (che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a

³⁷⁴ EHRM 6 juli 2004, *Nagy v. Hungary*, Appl. 6437/02, par. 5.

³⁷⁵ EHRM 6 december 2005, *İletmiş v. Turkey*, Appl. 29871/96, par. 42-43; EHRM 13 november 2003, *Napijalo v. Croatia*, Appl. 66485/01, par. 69.

³⁷⁶ Vgl. EHRM 22 november 2005, *Gartukayev v. Russia*, Appl. 71933/01, par. 18-22.

³⁷⁷ Zie EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyli v. Azerbaijan*, Appl. 16528/05, par. 60; EHRM 13 oktober 2005, *Fedorov & Fedorova v. Russia*, Appl. 31008/02, par. 41.

delinquere).³⁷⁸ En in de Nederlandse zaak-*Landvreugd* oordeelt het EHRM het opleggen door de burgemeester van een gebiedsverbod/verwijderingbevel voor 14 dagen op basis van artikel 172 en 175 Gemeentewet uiteindelijk in casu voldoende voorzienbaar en ook overigens “bij de wet voorzien”.³⁷⁹ Het Hof oordeelt dat de bepalingen “nogal algemeen” zijn geformuleerd. Maar uiteindelijk merkt het de oplegging van de verboden/bevelen toch als voldoende “voorzienbaar” aan, vooral omdat betrokkene enige tijd voor de toepassing van het gebiedsverbod/verwijderingbevel voor 14 dagen een duidelijke waarschuwing kreeg over de dreigende toepassing van het verbod/bevel in geval van verder orde verstorend gedrag. Daarnaast weegt het EHRM mee dat er waarborgen tegen misbruik van de bevoegdheid bestonden: betrokkene kon tegen oplegging van het verbod/bevel bezwaar maken en vervolgens daarover nog bij de rechter klagen.

Wat betekent dit voor de individuele maatregelen uit de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid? Die bepalingen zijn niet veel vager dan de Italiaanse bepaling en de artikelen 172 en 175 Gemeentewet. Bovendien staat ook tegen toepassing van individuele maatregelen beroep op de rechter open. Dat is van wezenlijk belang. Te meer nu ook uit andere zaken dan hiervoor genoemd blijkt dat het Hof een inbreuk op het recht op bewegingsvrijheid eerder als “bij de wet voorzien” zal aanvaarden wanneer deze aan de rechter kan worden voorgelegd.³⁸⁰ Zo bezien blijft het onwaarschijnlijk dat de bepalingen inzake het opleggen van individuele maatregelen bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 2 P4 EVRM zouden worden geacht.

Maar ook hiermee is nog altijd niet alles gezegd. Er ligt zelfs nog een zeer wezenlijk punt. Dat punt is dat de individuele maatregelen waarin de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid beoogt te voorzien alle ook toepasselijk zijn op personen wier gedragingen (zowel afzonderlijk als het patroon daarvan) volstrekt legaal kunnen zijn en aldus absoluut geen strafbaar feit (of voorbereiding of poging daarvan) behelzen. Het is een wezenlijk – en mogelijk zelfs: cruciaal – verschil met voormelde zaken. Daarin gaat het immers om personen jegens wie er vanwege feitelijk bewijs en hun gedrag en levensstijl goede reden is om aan te nemen dat zij de gewoonte hebben om van wederrechtelijk verkregen vermogen te leven, of gewoonte criminelen zijn of bepaalde ernstige strafbare feiten hebben gepleegd (*Labita* en *Raimondo*³⁸¹) en om personen die zich schuldig maken aan het herhaaldelijk veroorzaken van overlast en het plegen van strafbare feiten (*Olivieira*

³⁷⁸ EHRM (GK) 6 april 2000, *Labita v. Italy*, Appl. 26772/95, par. 194 en 103-109; EHRM 22 februari 1994, *Raimondo v. Italy*, Appl. 12954/87, par. 39-40 en 16.

³⁷⁹ EHRM 4 juni 2002, *Olivieira v. the Netherlands*, Appl. 33129/96, par. 47-59. Zie ook (maar dan over artikel 219-oud Gemeentewet): EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd v. the Netherlands*, Appl. 37331/97, par. 54-66.

³⁸⁰ Zie bijv. EHRM 26 november 2009, *Gochev v. Bulgaria*, Appl. 34383/03, par. 47.

³⁸¹ Zie bijv. EHRM (GK) 6 april 2000, *Labita v. Italy*, Appl. 26772/95, par. 63-76, 103-109 (betrokkene stond onder verdenking, maar maatregel bleef v.t.p. na vrijspraak; i.c. schending); EHRM 22 februari 1994, *Raimondo v. Italy*, Appl. 12954/87, par. 39 (voor deel maatregel geen schending; overigens stond betrokkene ook onder verdenking en liepen tegen hem procedures tot ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel).

en *Landvreugd*³⁸²). Voor zover wij hebben kunnen nagaan heeft het EHRM inbreuken op artikel 2 P4 EVRM verder slechts toelaatbaar geacht wanneer deze zagen op personen die op de een of andere manier onder strafrechtelijke verdenking staan,³⁸³ die wezenlijke schulden hebben of in een faillissement zijn verwickeld³⁸⁴ of die zich aan militaire dienstplicht trachten te onttrekken³⁸⁵. In elk geval hebben wij geen zaak kunnen vinden waarin het Hof een inbreuk toelaatbaar oordeelde in een situatie die enigszins gelijk is aan die waarop de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid ziet.

Wel is het zo dat het EHRM in – opnieuw – de zaak-*Labita* uitdrukkelijk de mogelijkheid openhoudt dat preventieve bewegingsvrijheid beperkende maatregelen worden toegepast jegens iemand die inmiddels is vrijgesproken. Maar ook dat stelt de voorgestelde wet nog niet veilig. Het Hof overweegt namelijk dat “een vrijspraak niet noodzakelijk de grond voor dergelijke maatregelen wegneemt aangezien het verzamelde bewijsmateriaal weliswaar onvoldoende voor een veroordeling kan zijn, maar niettemin een redelijke angst kan rechtvaardigen dat de betrokkene in de toekomst opnieuw strafbare feiten zal begaan”. Maar in geval van de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid wordt zelfs daarvan geen sprake te zijn, nu deze ook toepasbaar is tegen personen die zich nog in het geheel niet met illegale of de openbare orde verstorende activiteiten hebben bezig gehouden (en zich daarmee mogelijk ook nooit zullen bezighouden). Hoe het Hof hiermee zal omgaan is moeilijk te zeggen. Maar gelet op de wezenlijkheid van deze kwestie menen wij dat er een niet verwaarloosbaar risico bestaat dat het EHRM de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid bij een eventuele toetsing als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van artikel 2 P4 EVRM zou achten. Daarbij komt dat ook de Commissaris voor de Rechten van de Mens – zie hiervoor paragraaf 5.1.c – op heroverweging van de maatregelen aandringt, onder meer omdat de formulering ervan vaag en onduidelijk is en deze met omzeiling van fundamentele waarborgen toepasbaar zijn in situaties waarin toepassing van het reguliere strafrecht niet mogelijk is. Daardoor kan het EHRM eerder genegen zijn om een schending aan te nemen.³⁸⁶ Niettemin wijzen wij er ten slotte nog op dat het risico dat het EHRM een schending aanneemt, lijkt te kunnen worden verminderd – maar daarmee nog niet afdoende wordt geneutraliseerd – indien de persoon waaraan de individuele maatregelen wordt opgelegd enige tijd daarvoor van de dreiging van de maatregel op de hoogte wordt gesteld en daarmee de mogelijkheid krijgt diens gedrag aan te passen. Het is echter de vraag of een

³⁸² EHRM 4 juni 2002, *Olivieira v. the Netherlands*, Appl. 33129/96, par. 10 (drugsoverlast; geen schending); EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd v. the Netherlands*, Appl. 37331/97, par. 10 (drugsoverlast; geen schending).

³⁸³ Zie bijv. EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyli v. Azerbaijan*, Appl. 16528/05, par. 58-69 (schending); EHRM 7 december 2006, *Ivanov v. Ukraine*, Appl. 15007/02, par. 95 (schending); EHRM 22 november 2005, *Antonov v. Ukraine*, Appl. 14183/02, par. 52-67 (geen schending); EHRM 14 december 2004, *Fedorov & Fedorova v. Russia*, Appl. 31008/02, par. 35-47 (geen schending).

³⁸⁴ Zie o.a. EHRM 17 juli 2003, *Luordo v. Italië*, Appl. 32190/96, par. 92-97 (schending); EHRM 26 november 2009, *Gochev v. Bulgarië*, Appl. 34383/03, par. 40-57; EHRM 23 maart 2006, *Campagnano v. Italy*, Appl. 77955/01, par. 35-39 (geen schending).

³⁸⁵ Zie verwijzingen in EHRM 21 december 2006, *Bartik v. Russia*, Appl. 55565/00, par. 38 (schending).

³⁸⁶ Vgl. EHRM (GK) 19 februari 2009, *A. v. the United Kingdom*, Appl. 3455/05, par. 103-104, 113 en 198; EHRM 13 april 2010, *Tehrani v. Turkey*, Appl. 32940/08, par. 50 (in beide zaken stelt Hof schendingen vast).

waarschuwing ook betekenis kan hebben daar waar van strafbaar of orde verstorend gedrag nog volstrekt geen sprake is. Wat zijn dan immers de gedragsaanpassingen die de autoriteiten mogen verlangen en die de betrokkenen zou moeten doorvoeren?³⁸⁷

Nauwelijks of niet problematisch is de tweede voorwaarde, dat de beperking van de bewegingsvrijheid – hier de individuele maatregel – een erkend legitiem doel dient te dienen. Ook als het gaat om nationale veiligheid accepteert het EHRM gemakkelijk dat een beperking van het recht op bewegingsvrijheid met het oog daarop plaatsvindt.³⁸⁸ In dit opzicht lijkt de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid dan ook in overeenstemming met het EVRM te zijn.

Ook de voorwaarde dat de beperking noodzakelijk dient te zijn in een democratische samenleving zal weer moeten zijn vervuld. Een eerste punt dat hier aandacht verdient is dat naarmate de lengte van de periode waarvoor de maatregel geldt langer is, het Hof deze eerder als niet noodzakelijk zal aanmerken.³⁸⁹ Uiteraard geldt er geen maximum periode, omdat de aanvaardbaarheid voor een langere periode mede afhankelijk zal zijn van onder meer de ingrijpendheid van de maatregel zelf en de redenen waarvoor die wordt toegepast. Urgenter is dat het ook in relatie tot deze voorwaarden de vraag is of toepassing van individuele maatregelen tegen personen die zich nog in het geheel niet met illegale of de openbare orde versturende activiteiten hebben bezig gehouden een eventuele toets door het EHRM zal kunnen doorstaan. Voor het overige verwijzen wij naar de bespreking in het kader van artikel 8 EVRM.

d-iii Afwijzing en intrekking van beschikkingen en het recht op eigendom (artikel 1 P1 EVRM)

Het begrip “eigendom” in artikel 1 P1 EVRM is zeer ruim bedoeld en het wordt ook zeer extensief uitgelegd en toegepast door het EHRM. Aldus is het recht op eigendom niet beperkt tot fysieke goederen, maar omvat het bijvoorbeeld ook rechten, belangen en onder omstandigheden vorderingen.³⁹⁰ Als hoofdcriterium om te bepalen of iets eigendom in de zin van artikel 1 P1 EVRM is geldt of daaraan economische waarde of economisch belang toekomt.³⁹¹ Om van eigendom te kunnen spreken zal er minimaal een recht op een werkelijk economisch voordeel moeten zijn. Daarbij hoeft dat voordeel overigens nog niet per se te

³⁸⁷ Vgl. paragraaf 5.2.d.

³⁸⁸ Zie EHRM 21 december 2006, *Bartik v. Russia*, Appl. 55565/00, par. 42-43.

³⁸⁹ Zie bijv. EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyli v. Azerbaidjan*, Appl. 16528/05, par. 61-63; EHRM, *Bartik, a.w.*, par. 51; EHRM 7 december 2006, *Ivanov v. Ukraine*, Appl. 15007/02, par. 95.

³⁹⁰ EHRM 23 februari 1995, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, Appl. 15375/89, par. 53.

³⁹¹ EHRM 18 september 2007, *Paefgen GmbH t. Germany*, Appl. 25379/04, par. 1; EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*, Appl. 10873/84, par. 53.

zijn toegekend. Eigendom kan er ook zijn in geval van rechten die later, wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan, pas kunnen worden geëffectueerd.³⁹²

Door de regering en in de literatuur wordt volgens ons terecht aangenomen dat in elk geval het intrekken door bestuursorganen van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning inbreuk op artikel 1 Eerste Protocol (P1) EVRM kan maken.³⁹³ Op zichzelf dient er voor de toepasselijkheid van dit artikel in beginsel ten minste sprake te zijn van een “afdwingbare vordering”.³⁹⁴ Niettemin lijkt het erop dat ook de weigering van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning onder exceptionele omstandigheden inbreuk op deze bepaling kan maken. Dat lijkt in het bijzonder te gelden wanneer betrokkene reeds de nodige activiteiten heeft ontplooid op grond waarvan hij gelet op de stand van het recht ten minste een redelijke en legitieme verwachting tot een gunstige beschikking kon hebben,³⁹⁵ terwijl het weigeren van die beschikking van serieuze invloed op de economische positie van betrokkene is. Aldus gold bijvoorbeeld de weigering om de klagers in de zaak-*Van Marle* e.a. in het Nederlandse accountantsregister in te schrijven nadat de wet een dergelijke inschrijving voortaan vereiste als een inbreuk op artikel 1 P1 EVRM.³⁹⁶ In dat geval zal in beginsel echter geen sprake zijn van eigendomsontneming (artikel 1, eerste alinea, tweede zin, P1 EVRM), maar van eigendomsregulering (artikel 1, tweede alinea, P1 EVRM).³⁹⁷ Hetzelfde geldt in geval van intrekking van een vergunning³⁹⁸ of het niet verlengen daarvan³⁹⁹.

Gelet op het zojuist gestelde gaan wij ervan uit dat zowel de weigering, intrekking als niet-verlenging van een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning een inbreuk op artikel 1 P1 EVRM kan impliceren, en dat in dat geval in beginsel sprake is van eigendomsregulering. Dit betekent dat dan zal moeten worden voldaan aan de voorwaarden uit artikel 1, tweede alinea, P1 EVRM en de Straatsburgse jurisprudentie daarover. Dit betekent dat de weigering, intrekking of niet-verlenging – ingeval die inbreuk maakt op het recht op eigendom – om toelaatbaar te kunnen zijn een wettelijke basis dient te hebben,⁴⁰⁰ in overeenstemming met het algemeen belang dient te zijn (en dus een legitiem doel dient te hebben)⁴⁰¹ en in een redelijke proportionaliteitsverhouding tot dat beoogde doel dienen te staan (“fair balance test”)⁴⁰². In geval sprake is van een legitiem doel (i.h.b. een algemeen belang) dan laten

³⁹² EHRM (GK) 29 maart 2010, *Depalle v. France*, Appl. 34044/02, par. 62-63.

³⁹³ *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 566, 3, p. 15-17 (MvT); en uit de literatuur vooral A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, ‘Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?’, *Gemeentestem* 2007, 7285, p. 618.

³⁹⁴ EHRM 11 april 2006, *Levänen v. Finland*, Appl. 34600/03, par. B.

³⁹⁵ EHRM (GK) 29 maart 2010, *Depalle v. France*, Appl. 34044/02, par. 63.

³⁹⁶ EHRM 26 juni 1986, *Van Marle v. the Netherlands*, Appl. 8543/79, par. 39-44. Zie ook EHRM 24 mei 2005, *Buzescu v. Romania*, Appl. 61302/00, par. 81-83.

³⁹⁷ *Idem*, par. 43.

³⁹⁸ EHRM 18 februari 1991, *Fredin v. Sweden (No. 1)*, Appl. 12033/86, par. 41-47.

³⁹⁹ EHRM (GK) 29 maart 2010, *Depalle v. France*, Appl. 34044/02, par. 68, 79 en 80.

⁴⁰⁰ EHRM (GK) 25 maart 1999, *Iatridis v. Greece*, Appl. 31107/96, par. 58.

⁴⁰¹ EHRM (GK) 5 januari 2000, *Beyeler v. Italy*, Appl. 33202/96, par. 111.

⁴⁰² EHRM (GK) 30 augustus 2007, *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd t. The United Kingdom*, Appl. 44302/02, para. 55 en 75.

zowel artikel 1 P1 als het EHRM de staat veel beoordelingsvrijheid (een “wide margin of appreciation”) toe om in het kader van dat doel inbreuk op het recht op eigendom te maken. Daarbij heeft de staat zowel veel vrijheid om te kiezen welk inbreukmakend middel het inzet als om zelf te bepalen of de gevolgen van die inzet gerechtvaardigd zijn op grond van het algemeen belang met het oog op het na te streven doel. Als maatregelen die inbreuk maken op het recht op eigendom door de wetgever noodzakelijk worden geacht dan worden ze doorgaans ook als zodanig aanvaard door het EHRM. Dat is vooral anders wanneer de betrokkene door een “persoonlijk en excessief nadeel” (“individual and excessive burden”) zou moeten dragen.⁴⁰³

Aangezien de maatregelen tot weigeren of intrekking van beschikkingen een wettelijke basis heeft (zie nader hiervoor onder paragraaf 5.1.d-i), het algemene belang dient van nationale veiligheid en meer in het bijzonder het voorkomen van terrorisme, komt het aan op de proportionaliteitstoets. Zeker gelet op de ruime beoordelingsvrijheid die het EHRM staten hierbij laat, zal een redelijke en voldoende gemotiveerde toepassing van de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid niet gauw leiden tot schending van het recht op eigendom in artikel 1 P1 EVRM.

d-iv De maatregelen en de presumptie van onschuld (artikel 6 lid 2 EVRM)

De vraag rijst of gebruikmaking van de in het wetsvoorstel voorziene maatregelen de presumptie van onschuld schendt, welk principe in beginsel slechts bij een “criminal charge” van toepassing is. Zoals opgemerkt wordt door sommigen in de literatuur onderbouwd dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat toepassing van de maatregelen uit de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid een “criminal charge” inhoudt.⁴⁰⁴ Inderdaad is het vaste rechtspraak van het EHRM dat de presumptie van onschuld uit artikel 6 lid 2 EVRM ook van toepassing kan zijn op situaties waarin de betrokkene niet of niet langer formeel voorwerp van een “criminal charge” is.⁴⁰⁵ Relevant in dit opzicht is dat een maatregel die geen leed toevoeging of afschrikking beoogt, vanwege het bijzonder karakter of de ingrijpendheid ervan materieel toch als “criminal charge” kan gelden.⁴⁰⁶

Voor zover het de oplegging van individuele maatregelen betreft lijkt hiervan echter niet snel sprake te kunnen zijn.⁴⁰⁷ In de al eerder genoemde zaak-*Raimondo* overweegt het Hof namelijk “dat speciale supervisie niet vergelijkbaar is met een strafrechtelijke sanctie

⁴⁰³ EHRM (GK) 29 maart 2010, *Depalle v. France*, Appl. 34044/02, par. 83-92.

⁴⁰⁴ A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, ‘Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?’, *Gemeentestem* 2007, 7285, p. 611-621.

⁴⁰⁵ Zie bijv. EHRM 26 januari 1999, *Hibbert v. the Netherlands*, Appl. 38087/97 (onder: The Law).

⁴⁰⁶ A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, ‘Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?’, *Gemeentestem* 2007, 7285, p. 617.

⁴⁰⁷ Zo ook A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, *a.w.*, p. 617; anders A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, ‘Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid’, *Tijdschrift Openbaar bestuur* 2009, p. 5-11 (zie paragraaf ‘Rechtsbescherming’).

omdat een dergelijke maatregel bedoeld is om het plegen van strafbare feiten te voorkomen”. Aldus het Hof is bij toepassing van een dergelijke maatregel daarom – kennelijk ook materieel – geen sprake van een “criminal charge”.⁴⁰⁸ Dit betekent dat dan ook de presumptie van onschuld in de zin van artikel 6 lid 2 EVRM niet van toepassing is.

In de literatuur is betoogd dat vooral het intrekken van een beschikking zeer zware consequenties kan hebben voor de betrokkenen. Onder omstandigheden zou intrekking van een vergunning bijvoorbeeld tot een faillissement kunnen leiden en daarmee tot het verlies van inkomen voor de betrokkenen.⁴⁰⁹ Indien in dat geval zou worden aangenomen dat sprake is van een “criminal charge” – dat is niet zeker – dan nog betekent dit niet dat een dergelijke maatregel in strijd is met de presumptie van onschuld. Veel meer zou het dan vermoedelijk betekenen dat de intrekking van de beschikking ter toetsing aan de rechter moeten kunnen worden voorgelegd (waartoe de mogelijkheid ook bestaat). Het is buitengewoon onwaarschijnlijk dat het EHRM zou vereisen dat de intrekking van een dergelijke vergunning slechts zou kunnen plaatsvinden door een rechterlijke beslissing gewezen in een procedure die voldoet aan alle eisen van artikel 6 EVRM.

e. Conclusies over de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid

Voorgaande analyse van de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid – in het bijzonder van de daarin opgenomen individuele maatregelen en de mogelijkheden om beschikkingen te weigeren en in te trekken – levert de volgende conclusies op.

1. De Nederlandse rechter heeft de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid nog geen enkele keer getoetst aan het EVRM of andere fundamentele rechten (dat is vanzelfsprekend aangezien het wetsvoorstel nog niet is aangenomen, laat staan in werking getreden).
2. Het EHRM heeft de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid of de toepassing daarvan tot op heden niet aan een van de bepalingen in het EVRM getoetst (dat is vanzelfsprekend aangezien het wetsvoorstel nog niet is aangenomen, laat staan in werking getreden).
3. De Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa heeft een uitermate kritisch oordeel geveld over de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid. Hij somt een flink aantal bezwaren daartegen op en dringt erop aan om het wetsvoorstel te heroverwegen, ten einde te garanderen dat zij volledig in overeenstemming zijn met de internationale mensenrechten standaarden en principes.

⁴⁰⁸ EHRM 22 februari 1994, *Raimondo v. Italy*, Appl. 12954/87, par. 43. Vgl. EHRM 9 september 2008, *Pardus v. Poland*, Appl. 13401/03.

⁴⁰⁹ Zo ook A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, ‘Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?’, *Gemeentestem* 2007, 7285, p. 618.

4. De voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid is al aan bod geweest bij het VN Comité voor de Mensenrechten, het VN Comité tegen Foltering en in het kader van de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad. Alleen het Comité voor de Mensenrechten gaf een specifiek oordeel over het wetsvoorstel, inhoudende dat Nederland het wetsvoorstel zou moeten aanpassen, in die zin dat de maatregelen alleen bij een redelijke verdenking van een strafbaar feit toepasbaar zijn, en dat zulke maatregelen in overeenstemming zijn met het in het bijzonder het recht op vrijheid (artikel 9 IVBPR) en het recht op bewegingsvrijheid (artikel 12 lid 1 IVBPR). Bij de daarnet niet genoemde VN-verdragscomités was de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid nog geen voorwerp van discussie.

Ook dit hoofdstuk bevat weer een analyse op grond van jurisprudentie van het EHRM die niet direct op de onderhavige wet ziet (en grotendeels zelfs niet op Nederland). Voor die analyse van de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid is jurisprudentie gebruikt die niettemin wel relevant is voor de vraag of deze wet, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de rechten en vrijheden uit het EVRM. Dit levert de volgende conclusies op.

5. Ten einde te bepalen of de verschillende onderdelen uit de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid en de beoogde toepassing van die onderdelen in overeenstemming met de fundamentele rechten zijn, dient de analyse zich gelet op de aard en inhoud van die wet te concentreren op het recht op bewegingsvrijheid uit artikel 2 Vierde Protocol (P4) EVRM, het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM (en in het verlengde daarvan op het recht op vrijheid van religie uit artikel 9 EVRM en het recht op vrijheid van vergadering en vereniging uit artikel 11 EVRM), de presumptie van onschuld uit artikel 6 lid 2 EVRM, en het recht op eigendom uit artikel 1 Eerste Protocol (P1) EVRM.
6. Toepassing van de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid kan leiden tot inbreuken op artikel 2 P4 EVRM, artikel 8 EVRM (en de artikelen 9 lid 2 en 11 lid 2 EVRM) en artikel 1 P1 EVRM.
7. De voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid zal bij publicatie in het Staatsblad zonder meer voldoen aan het vereiste van toegankelijkheid ("accessibility") in de zin van artikel 2 lid 3 P4 EVRM, artikel 8 lid 2 EVRM (en de artikelen 9 lid 2 en 11 lid 2 EVRM), en artikel 1 P1 EVRM.
8. Het is onwaarschijnlijk dat de bepalingen inzake *individuele maatregelen* bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar ("foreseeability") in de zin van het recht op privéleven uit artikel 8 lid 2 EVRM (of het religierecht in artikel 9 lid 2 of de vrijheid van vergadering/vereniging in artikel 11 lid 2 EVRM) zouden worden geacht. Voor zover de minister binnen de kaders van de wet blijft zal bovendien ook de toepassing daarvan voorzienbaar zijn.

9. Er bestaat een niet verwaarloosbaar risico dat de bepalingen inzake het *opleggen van individuele maatregelen* bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van het recht op bewegingsvrijheid uit artikel 2 P4 EVRM zouden worden geacht. In de toepassing van de wet kan dit risico soms wellicht worden verminderd – maar niet volledig weggenomen – door de betrokkenen waaraan de individuele maatregelen wordt opgelegd enige tijd daarvoor tegen de dreiging van de maatregel te waarschuwen.
10. Het is zeer onwaarschijnlijk dat de bepalingen inzake *weigering en intrekking van beschikkingen* bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van het recht op eigendom in artikel 1 P1 EVRM zouden worden geacht. Voor zover de bestuursorganen binnen de kaders van de wet blijft zal bovendien ook de toepassing daarvan voorzienbaar zijn.
11. In geval van *toepassing van individuele maatregelen of het weigeren of intrekken van beschikkingen* is het zeer waarschijnlijk dat het Hof bij een eventuele toetsing zal aannemen dat die toepassing een legitiem doel dient in de zin van artikel 2 P4 lid 3 EVRM, artikel 8 lid 2 EVRM (en de artikelen 9 lid 2 en 11 lid 2 EVRM) en artikel 1 P1 EVRM.
12. Ook ter bestrijding van terrorisme zal *toepassing van individuele maatregelen* niet steeds zonder meer kunnen gelden als noodzakelijk in een democratische samenleving in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM (of artikel 9 lid 2 of artikel 11 lid 2 EVRM). In dit opzicht bestaat er vooral een risico dat toepassing van de individuele maatregelen in strijd komt met deze bepalingen wanneer de concrete feiten en omstandigheden de door de wet gestelde toepassingsvoorwaarden onvoldoende substantieel ondersteunen, wanneer van een daadwerkelijke proportionaliteits-toetsing geen sprake is of wanneer de maatregel alsmaar wordt voortgezet zonder dat daaraan hernieuwde afwegingen ten grondslag liggen.
13. Er bestaat een niet verwaarloosbaar risico dat de *toepassing van individuele maatregelen* bij toetsing door het hof als niet “noodzakelijk in een democratische samenleving” worden aangemerkt wanneer deze maatregelen zien op personen die zich nog in het geheel niet met illegale of de openbare orde verstorende activiteiten hebben bezig gehouden.
14. Het onwaarschijnlijk dat *daadwerkelijke weigering of intrekking van beschikkingen* bij toetsing door het hof als disproportioneel in de zin van het recht op eigendom uit artikel 1 P1 EVRM zou worden aangemerkt, althans wanneer sprake is van een redelijk en voldoende gemotiveerde toepassing van de door de voorgestelde wet geboden mogelijkheden.
15. Het is zeer onwaarschijnlijk dat *toepassing van individuele maatregelen of het weigeren of intrekken van beschikkingen* bij toetsing door het Hof in strijd met de presumptie van onschuld in artikel 6 lid 2 EVRM zou worden geoordeeld.

5.2 Persoonsgericht verstoren (2004)

a. Inhoud en strekking van de maatregel

Persoonsgericht verstoren – ook wel persoonsgerichte aanpak genoemd – beoogt bij te dragen aan de verwezenlijking van een onmiddellijk doel alsmede van een verder weg gelegen oogmerk. Meer acuut gaat het erom dat het een persoon van wie een (terroristische) dreiging uitgaat duidelijk wordt dat hij onderwerp is van enigerlei overheidsoptreden, zodat de persoon feitelijk geen rol meer zal kunnen spelen in aan terrorisme gerelateerde zaken.⁴¹⁰ Als verder weg gelegen doel beoogt het middel een verdere ontwikkeling van een dergelijk persoon tot bruikbare partner in terroristische activiteiten te voorkomen.⁴¹¹

De maatregel “persoonsgericht verstoren” – ook wel “persoonsgerichte aanpak” – kent geen bijzondere wettelijke grondslag maar vindt plaats op grond van artikel 2 Politiewet 1993, in het kader van de openbare ordetaak van de politie. Op grond van artikel 12 Politiewet 1993 en artikel 172 Gemeentewet wordt de maatregel uitgevoerd onder verantwoordelijkheid van de burgemeester.⁴¹² De maatregel van persoonsgericht verstoren werd 10 september 2004 voor het eerst in de Tweede Kamer besproken. Naar aanleiding van de aanslagen in Madrid die enkele maanden eerder plaatsvonden streeft de regering ernaar het antiterrorismebeleid aan te scherpen. Beoogd wordt personen die op enige wijze argwaan wekken in verband met terroristische activiteiten of de voorbereiding daarvan effectief te kunnen controleren.⁴¹³ Met verstoren wordt volgens de ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken bedoeld “het zodanig ‘in de gaten houden’ van iemand dat hem en zijn omgeving duidelijk wordt dat hij onderwerp is van enigerlei vorm van overheidsoptreden, zonodig met gebruikmaking van andere wettelijke bevoegdheden, zodat de persoon feitelijk geen rol meer zal kunnen spelen in aan terrorisme gerelateerde zaken.”⁴¹⁴

Om het middel van onder meer het persoonsgericht verstoren adequaat te kunnen inzetten is voorzien in een nieuw samenwerkingsverband tussen de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD), het Korps landelijke politiediensten (KLPD), de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (MIVD), het openbaar ministerie (OM) en de Intergratie- en Naturalisatiedienst (IND). Deze diensten wisselen informatie uit via een zogenaamde CT-infobox (CT=contra terrorisme). Op grond van informatie en analyse van de gegevens in de CT-infobox kan voor een passende operationele aanpak worden gekozen, zoals bijvoorbeeld de persoonsgerichte verstoring.⁴¹⁵

⁴¹⁰ *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 754, nr. 100, p. 8 (Brief 4 juni 2007, Terrorismebestrijding).

⁴¹¹ *Idem*.

⁴¹² *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 754 en 30 977, 104, p. 3 (Brief 22 augustus 2007, Terrorismebestrijding).

⁴¹³ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 754, 1, p. 10 (Brief 10 september 2004, Terrorismebestrijding).

⁴¹⁴ *Idem*, p. 11 (Brief 10 september 2004, Terrorismebestrijding); zie ook *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 754, 60, p. 6 (Brief 5 december 2005, Terrorismebestrijding).

⁴¹⁵ *Kamerstukken II* 2003-2004, 29 754, 1, p. 10 (Brief 10 september 2004, Terrorismebestrijding).

De verstoringsacties worden hoofdzakelijk uitgevoerd door de lokale politie onder gezag van de burgemeester.⁴¹⁶ Het is de burgemeester die uiteindelijk verantwoordelijk is voor de beslissing om een persoonsgerichte aanpak te gaan vormgeven.⁴¹⁷ Indien nodig kan hij de AIVD verzoeken meer informatie te verschaffen in de vorm van een ambtsbericht.⁴¹⁸ De betrokken bestuurders, de hoofdofficieren van justitie en de korpschefs van politie worden nader over het plaatsvinden van de acties geïnformeerd. De precieze inhoud en mogelijke reikwijdte van de maatregel is ondertussen niet erg helder. Volgens de ministers is hierbij geen sprake van een 24-uurs controle.⁴¹⁹ Dat is ook relevant omdat artikel 2 Politiewet geen basis biedt voor stelselmatige inbreuk op artikel 8 EVRM. Niettemin kan het bij persoonsgericht verstoren toch duidelijk om meer gaan dan het louter “in de gaten houden” van iemand. In elk geval kunnen ook zichtbare surveillance met een bepaalde frequentie (bijvoorbeeld vijf maal per dag), het met een surveillance voertuig een aantal keren per dag voor korte tijd voor de woning van betrokkenen gaan staan, huisbezoek door de buurtregisseur of wijkagent, uitnodigen op het politiebureau, contact met familie, bureaus, mensen uit de werkkring en/of andere bekenden, zichtbare aanwezigheid rond een moskee of andere ontmoetingsplaatsen zoals belhuizen en cafés, het verspreiden van “Bel Misdaad Anoniem”-kaartjes in de (woon) omgeving van betrokkenen, het niet stelselmatig volgen van deze, naar binnen kijken in de woning, regelmatig telefonisch contact leggen met betrokkenen.⁴²⁰

Ook is niet heel duidelijk op grond waarvan de maatregel kan worden ingezet en wat de toetsingscriteria daarbij zijn. De minister van Justitie stelt dat er “meerder aanwijzingen” moeten zijn voordat men tot persoonsgericht verstoren overgaat, zonder dat helder is waar deze aanwijzingen betrekking op dienen te hebben.⁴²¹ Teneinde te bepalen in welke gevallen een persoon in aanmerking komt voor de persoonsgerichte aanpak zijn criteria ontwikkeld binnen de CT-infobox en in afstemming met de NCTb. Volgens de Commissie van Toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten houden deze criteria onder meer in dat “van de betrokkene een substantiële terroristische dreiging uitgaat” en dat “aanpak van de betrokkene (in het verlengde hiervan) noodzakelijk is”. Voorts is kennelijk sprake van een beperkt subsidiariteitscriterium: voor persoonsgericht verstoren is plaats indien “een vreemdelingen- of strafrechtelijk vervolg niet tot de (onmiddellijke) mogelijkheden” behoort, terwijl “een (uitsluitend) inlichtingenmatige aanpak [...] niet mogelijk of opportuun” is.⁴²² Tot de categorie personen die onder de persoonsgerichte aanpak kunnen vallen behoren ook de

⁴¹⁶ *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 754, 60, p. 6 (Brief 5 december 2005, terrorismebestrijding).

⁴¹⁷ Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de Contra Terrorisme Infobox’, *CTIVD*, nr. 12 (2007), p. 19.

⁴¹⁸ *Idem*, p. 19.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 6.

⁴²⁰ *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 754, 60, p. 6 (Brief 5 december 2005, terrorismebestrijding); zie ook Nationale Coördinator Terrorismebestrijding, *Terrorismebestrijding op lokaal niveau: handreiking*, Den Haag 2006 (2e druk), p. 60.

⁴²¹ *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 754, 64, p. 7 (Verslag v.e. algemeen overleg; Terrorismebestrijding).

⁴²² Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de Contra Terrorisme Infobox’, *CTIVD*, nr. 12 (2007), p. 18.

personen die door een Nederlandse rechter zijn vrijgelaten of vrijgesproken maar van wie – naar het oordeel van de partners van de CT-Infobox – nog steeds een terroristische dreiging uitgaat.

Indien aan deze criteria wordt voldaan bericht de CT-infobox de Regiegroep Persoonsgerichte Aanpak, een speciaal voor deze maatregel door het NCTB opgericht orgaan, waarbij de Regiegroep Persoonsgerichte Aanpak overigens geen inzage heeft in de stukken die hebben geleid tot het advies van de CT-infobox. De Regiegroep Persoonsgerichte Aanpak stuurt het advies door naar de burgemeester, die zoals opgemerkt uiteindelijk verantwoordelijk is voor de beslissing om de persoonsgerichte aanpak in te zetten. De inzet van de maatregel wordt tweewekelijks geëvalueerd.⁴²³ De CT-infobox wordt geïnformeerd over de voortgang van de inzet van de maatregel op grond waarvan de CT-infobox kan besluiten de maatregel te beëindigen. De burgemeester kan zelf ook beslissen de maatregel te beëindigen.⁴²⁴

Relevant is dat persoonsgericht verstoren door de minister van Justitie en de minister van Binnenlandse Zaken – en in navolging van hen door ons – wordt onderscheiden van bijvoorbeeld het verstoren van radicaliseringshaarden;⁴²⁵ de laatste vorm van verstoren kan persoonsgericht verstoren omvatten, maar ook vele andere vormen van controle en verstoring. Verder dient persoonsgericht verstoren ook te worden onderscheiden van het tegengaan van terrorisme door individuen waarvan een terroristische dreiging uitgaat juist met positieve maatregelen tegemoet te treden. Voorbeelden daarvan zijn het aanbieden van opleidingen, het ondersteunen bij het vinden van werk of het helpen bij het zoeken naar andere woonruimte. Het lijkt de bedoeling dergelijke maatregelen zo veel mogelijk als alternatief voor persoonsgericht verstoren te gebruiken. Al in augustus 2007 informeerden de minister van Justitie en de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties de Tweede Kamer er in een brief over dat nog maar zeer zelden gebruik wordt gemaakt van de persoonsgerichte aanpak en dat in die gevallen een “lichte variant” wordt ingezet.⁴²⁶ Volgens de ministers kon dit nu in geval van aanwijzingen van voorbereidingen van een terroristisch misdrijf strafvorderlijke maatregelen kunnen worden getroffen en nu het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid in bevoegdheden voorziet een omgevingsverbod, een meldingsplicht of een omgangsverbod op te leggen aan personen die in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten. Of en in hoeverre de aanpak sindsdien is veranderd is onduidelijk. In elk geval ziet navolgende bespreking op het persoonsgericht verstoren zoals hierboven beschreven.

Overigens ligt er momenteel een wetsvoorstel bij de Eerste Kamer tot invoering van artikel 44c in de Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 (Wiv). Het eerste lid van deze

⁴²³ *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 754 en 30 977, nr. 104, p. 3 (Brief 22 augustus 2007, Terrorismebestrijding).

⁴²⁴ Commissie van Toezicht betreffende de inlichtingen- en veiligheidsdiensten, ‘Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de Contra Terrorisme Infobox’, CTIVD nr. 12, p.18.

⁴²⁵ Zie *Kamerstukken II* 2005-2006, 29 754, 60, p. 3-5 t.o.v. p. 6 (Brief 5 december 2005, Terrorismebestrijding).

⁴²⁶ *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 754 en 30 977, 104, p. 4 (Brief 22 augustus 2007, Terrorismebestrijding).

voorgestelde bepaling luidt: “De diensten zijn bevoegd tot het bevorderen of treffen van maatregelen ter bescherming van door een dienst te behartigen belangen, al dan niet met behulp van een technisch hulpmiddel.” Op grond van deze bepaling is ook persoonsgericht verstoren mogelijk. Deze bevoegdheid zal hier echter verder buiten beschouwing blijven omdat deze tot het bijzondere terrein van de inlichtingen en veiligheidsdiensten behoort, welk terrein in beginsel geen onderdeel van dit onderzoek uitmaakt. Niettemin merken wij op dat het navolgende daarop ook niet zonder meer van toepassing is. Van belang daartoe is dat de jurisprudentie over de betekenis van artikel 8 EVRM in relatie tot het optreden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten weinig helder is, terwijl vaststaat dat op dat optreden niet zonder meer de gewone jurisprudentie inzake deze bepaling van toepassing is. Zo geldt dat het EHRM enerzijds in beginsel minder zware voorzienbaarheidseisen stelt aan het optreden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de staten daarbij bovendien een ruimere “margin of appreciation” gunt dan gewoonlijk,⁴²⁷ terwijl het anderzijds juist scherpe(re) voorzienbaarheidsmaatstaven lijkt te hanteren voor de wetgeving op grond waarvan die bevoegdheden bestaan zelf⁴²⁸. Maar deze jurisprudentie ziet op de toepassing van “secret surveillance”-maatregelen. Of iets dergelijks ook geldt voor maatregelen als persoonsgericht verstoren is niet duidelijk.

b. Toetsing maatregel aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter

De Nederlandse rechter heeft tweemaal uitspraak gedaan over de maatregel persoonsgericht verstoren, waarbij de maatregel in meer of mindere mate werd getoetst aan artikel 8 EVRM.⁴²⁹ Dit gebeurde in beide gevallen in een procedure in kort geding.

De eerste zaak betreft Rechtbank (KG) Amsterdam 1 december 2005, *LJN AU7314* (“de bekeerde moslima”). In deze zaak wordt eiseres, omdat er aanwijzingen bestaan dat zij explosieven in haar huis zou bewaren, in haar woning aangehouden door de politie en wordt die woning doorzocht. Daarbij wordt overigens niets aangetroffen. Vervolgens wordt haar door de buurtregisseur medegedeeld dat ze de komende tijd “verstoord” zal worden. Dit verstoren houdt in dat de politie zo’n vijf keer per dag, ook ’s nachts, met de auto voor komt rijden, waarbij dan een aantal minuten met draaiende motor voor haar huis wordt gestaan

⁴²⁷ Zie EHRM 26 maart 1987, *Leander v. Sweden*, Appl. 9248/81, par. 51 en 59, en voorts o.a. EHRM 18 mei 2010, *Kennedy v. the United Kingdom*, Appl. 26839/05, par. 152. “foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly”.

⁴²⁸ EHRM 2 augustus 1984, *Malone v. the United Kingdom*, Appl. 8691/79, par. 67, EHRM 4 mei 2000, *Rotaru v. Romania*, Appl. 28341/95, par. 55, en EHRM, *Kennedy, a.w.*, par. 152: “Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power.”

⁴²⁹ Rb Amsterdam (KG) 1 december 2005, *LJN AU7314* (“de bekeerde moslima”) en Rb Amsterdam (KG) 9 maart 2006, *LJN AV4173* (“de Hofstadconnectie”).

en soms ook naar binnen wordt gekeken. Daarnaast wordt ze regelmatig door de politie gebeld, zowel op haar huistelefoon als haar mobiele telefoon, om te vragen waar ze is. Personen die op bezoek komen, worden gecontroleerd. Soms rijdt de politie achter haar aan. Eiseres vordert onder andere de gemeente te verbieden haar nog langer lastig te vallen. Ze vindt dat de gemeente een inbreuk maakt op haar recht op privéleven en gezinsleven en haar recht op vrije beweging en onaantastbaarheid van eigen woning, waarbij de gemeente niet heeft aangetoond dat deze inbreuk noodzakelijk is.

De voorzieningenrechter overweegt dat de verstoringmaatregelen inderdaad een inbreuk vormen op de persoonlijke levenssfeer van de eiseres, zoals beschermd door artikel 8 EVRM. Daartoe wordt aangevoerd dat er in casu sprake is van “iemand dicht op de huid [...] zitten door met grote regelmaat op willekeurige tijdstippen indringend te controleren” aannemelijk dat dit tot “grote psychische druk” leidt bij betrokkenen en tot “het angstig reageren [door haar kinderen, PHvK/JVdV] op de telkens voor de woning verschijnende politie-auto’s”. Vervolgens past de voorzieningenrechter het toetsingsschema van artikel 8 lid 2 EVRM toe. Over het eerste vereiste, dat de inbreuk bij de wet moet zijn voorzien, overweegt de voorzieningenrechter dat de grondslag klaarblijkelijk moet worden gevonden in de algemene bevoegdheden van de burgemeester, dat er geen specifieke gepubliceerde beleidsregels zijn met betrekking tot het verstoren en dat daarnaast het kort geding het enige rechtsmiddel is om tegen een actie van verstoring op te kunnen komen. De rechter merkt op dat het de vraag is of hiermee wordt voldaan aan het vereiste van aanwezigheid van juridische procedures om vermeend willekeurige inbreuken op fundamentele rechten aan te vechten en of dus kan worden geconcludeerd dat de inbreuk bij wet is voorzien.⁴³⁰ Wat betreft de tweede voorwaarde oordeelt de voorzieningenrechter dat de maatregel het legitieme doel dient van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid en het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten.

Cruciaal blijkt uiteindelijk de derde voorwaarde. De voorzieningenrechter stelt vast dat niet aan het vereiste van noodzakelijkheid is voldaan. De oorzaak daarvan is dat de redenen op grond waarvan is besloten over te gaan tot verstoring niet relevant zijn of niet meer aanwezig zijn.⁴³¹ Deze overweging wekt de indruk dat persoonsgericht verstoren onder andere omstandigheden wel gerechtvaardigd had kunnen zijn. De voorzieningenrechter lijkt dat ook niet uit te sluiten. Deze oordeelt namelijk ook dat in het midden kan blijven of de burgemeester op grond van de destijds bekende feiten in redelijkheid tot verstoring van eiseres kon besluiten.⁴³² Het standpunt dat persoonsgericht verstoren in overeenstemming met artikel 8 lid 2 EVRM zou kunnen plaatsvinden, vindt ook bevestiging in de volgende beslissing in kort geding.

De tweede zaak is Rechtbank (KG) Amsterdam 9 maart 2006, *LJN* AV4173 (“de Hofstadconnectie”). In deze zaak is de verstoring minder indringend dan in boven besproken

⁴³⁰ Rb Amsterdam (KG) 1 december 2005, *LJN* AU7314, r.o. 7.

⁴³¹ *Idem*, r.o. 12-17.

⁴³² *Idem*, r.o. 17.

zaak. Nu houdt de verstoring in dat de politie driemaal per etmaal met als zodanig herkenbare voertuigen door de straat van eiser rijdt en voor de woning van eiser stilhoudt. De voorzieningenrechter stelt vast dat ook hiermee “wel degelijk” sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer in de zin van artikel 8 EVRM.⁴³³ Relevant hiertoe acht de voorzieningenrechter dat met deze maatregelen dagelijks aan eiser bekend wordt gemaakt “dat hij in de gaten wordt gehouden, hetgeen ook de buurt waarin eiser woont niet zal ontgaan” en dat het doel is om van het verstoren druk op betrokkenen te laten uitgaan. Dat de surveillance niet heimelijk en in de openbare ruimte plaatsvindt, doet hieraan niet af aldus de voorzieningenrechter.

Vervolgens wordt wederom nagegaan of aan de eisen van artikel 8 lid 2 EVRM is voldaan. Met betrekking tot het eerste vereiste overweegt de rechtbank dat gezien de aard en de omvang van de verstoring artikel 12 Politiewet voldoende grondslag biedt. De rechtbank overweegt dat “het driemaal per dag door de straat rijden en stilhouden voor de woning neerkomt op een bepaalde vorm van surveillance. Deze vorm van surveillance wordt ook toegepast in bepaalde wijken of naar aanleiding van bepaalde gebeurtenissen en heeft tot doel te laten merken dat de politie er is. Het uiteindelijke doel is preventie in het belang van de openbare orde. De bevoegdheid om deze aanwijzingen te geven geldt niet alleen ten aanzien van groepen, maar ook ten aanzien van een individu.”⁴³⁴ Voorts oordeelt de voorzieningenrechter ook in deze zaak dat persoonsgericht verstoren een legitiem doel dient.

Opnieuw komt het dus aan op de voorwaarde dat de inbreuk – hier het persoonsgericht verstoren – noodzakelijk in een democratische samenleving is en aldus proportioneel moet zijn. De voorzieningenrechter overweegt hierover dat er voldoende redenen zijn om over te gaan tot verstoring. Bij die redenen noemt de rechter ook dat jegens betrokkene een verdenking bestaat ter zake van artikel 205 Sr (rekrutering voor de gewapende strijd).⁴³⁵ De aard en omvang van de verstoring wordt eveneens proportioneel geacht, omdat, anders dan in bovenstaande zaak, de politie slechts driemaal per dag door de straat van eiser rijdt en voor zijn woning stilstaat. De voorzieningenrechter acht de inbreuk op het recht op privéleven “beperkt” en – vooralsnog – rechtmatig.⁴³⁶

c. Toetsing maatregel aan fundamentele rechten door internationale instanties

Het EHRM heeft de maatregel persoonsgericht verstoren nog niet kunnen toetsen aan fundamentele rechten uit het EVRM.

Dat ligt anders voor de Commissaris voor de Rechten van de Mens. Deze laat zich in zijn rapport naar aanleiding van zijn laatste bezoek aan Nederland zeer kritisch uit over de

⁴³³ Rb (KG) Amsterdam 9 maart 2006, *L/N* AV4173 (“de Hofstadconnectie”), r.o. 7.

⁴³⁴ *Idem*, r.o. 10.

⁴³⁵ *Idem*, r.o. 14.

⁴³⁶ *Idem*, r.o. 15 en 16.

maatregel.⁴³⁷ Hoewel de Politiewet en de Gemeentewet de burgemeester de bevoegdheid geven de openbare orde te handhaven in samenwerking met de politie, oordeelt de commissaris het niet duidelijk onder welke voorwaarden de burgemeester de maatregel kan opleggen.⁴³⁸ De commissaris merkt bovendien op dat geen rechterlijke machtiging wordt vereist en dat er enkel rechterlijk toezicht mogelijk is indien de betrokken persoon achteraf een procedure tegen de staat aanhangig maakt.⁴³⁹ Volgens de commissaris dient echter bij het opleggen van een dusdanig ingrijpende maatregel een rechterlijke machtiging verplicht te zijn.⁴⁴⁰ De commissaris maakt bovendien duidelijk dat dergelijke ingrijpende bevoegdheden niet dienen te worden gegrond op vage termen als “handhaven van de publieke orde”.⁴⁴¹ Hoewel de commissaris uit de aard van zijn taak zijn bevindingen niet met nauwgezette analyses van verdragsnormen onderbouwt, is hij toch tamelijk precies in zijn oordeel over de maatregel. De commissaris geeft aan daarover “particularly concerned” te zijn, en bij zijn officiële “Recommendations” beveelt hij de Nederlandse autoriteiten aan om bij de maatregel van persoonsgericht verstoren te voorzien in effectieve procedurele waarborgen alsmede voorafgaande rechterlijke machtiging (en dus niet slechts controle achteraf via de voorzieningenrechter in kort geding).⁴⁴²

Wat betreft het mensenrechtentoezicht in de VN is relevant dat de maatregel persoonsgericht verstoren voorwerp van discussie was in de statenrapportageprocedure bij het Comité voor de Mensenrechten. De minister van Justie antwoordde op vragen daarover dat de preventieve werking van de klachtenprocedures bij de politie en de Nationale ombudsman van groot belang zijn voor de maatregel en dat het belangrijk is de maatregel binnen de perken te houden.⁴⁴³ Het Comité spreekt er zijn zorgen over uit dat burgemeesters de maatregel kunnen doen toepassen en dat persoonsgericht verstoren, nu de maatregel geen rechterlijke machtiging of controle vereist, in strijd is met het recht op privéleven (artikel 17 IVBPR). Volgens het Comité dient Nederland de wetgeving zo aan te passen dat antiterrorismemaatregelen niet in conflict komen met artikel 17 IVBPR en dat er in effectieve waarborgen wordt voorzien, waaronder rechterlijke toetsing, teneinde misbruik tegen te gaan.⁴⁴⁴ Het Comité voor de Mensenrechten heeft de maatregel of toepassing ervan niet in concrete zaken naar aanleiding van individuele klachten getoetst.

⁴³⁷ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2. De Nederlandse regering stelt in reactie op deze kritiek dat de Nederlandse antiterrorismemaatregelen in overeenstemming zijn met de aanbevelingen van de Commissaris: zie bij het rapport ‘Appendix 2: The Netherlands government’s response to the report’, par. 36-37; eveneens opgenomen in *Kamerstukken II 2008-2009*, 31 700 V, 95, p. 16-17 (par. 36-37).

⁴³⁸ Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2, par. 174 en 175.

⁴³⁹ Idem, par. 174.

⁴⁴⁰ Idem, par. 175.

⁴⁴¹ Idem, par. 175.

⁴⁴² Idem, par. 174 en Recommendation 37.

⁴⁴³ Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, the Netherlands* (Summary Record of the 2631st Meeting), CCPR/C/SR.2631, 22 July 2009, par. 11.

⁴⁴⁴ Human Rights Committee, *Concluding Observations, the Netherlands* (96th Session, 2009), CCPR/C/NLD/-CO/4, 25 August 2009, zie i.h.b. par. 15.

Bij de andere VN-verdragscomités is persoonsgericht verstoren in geen enkele toezichtsprocedure bediscussieerd. Wel is deze nog aan de orde geweest binnen de Universal Periodic Review bij de VN-Mensenrechtenraad.⁴⁴⁵ Maar de Raad zelf besteedde geen specifieke aandacht aan de maatregel, zodat ook hier telt dat daarvoor hooguit de algemene aanbevelingen aan Nederland relevant zijn.⁴⁴⁶ Zie daarvoor en voor de reactie van Nederland daarop paragraaf 4.1.c.

d. Beoordeling maatregel in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM

De ministers van Justitie en van Binnenlandse Zaken gaan ervan uit dat de persoonsgerichte aanpak niet per definitie een inbreuk hoeft op te leveren van de persoonlijke levenssfeer, maar dat daarvan afhankelijk van de omstandigheden van het geval wel sprake van kan zijn.⁴⁴⁷ Gelet op de beperktheid van de maatregel in Rechtbank (KG) Amsterdam 9 maart 2006, *LJN AV4173* (“de Hofstadconnectie”), lijkt de uitspraak van de voorzieningenrechter in deze zaak te impliceren dat zich bij daadwerkelijk persoonsgericht verstoren in beginsel steeds een inbreuk zal voordoen op artikel 8 lid 1 EVRM. Ook in de literatuur is men veelal stilliger dan de ministers.⁴⁴⁸ Ook wij menen dat persoonsgericht verstoren – dus het zodanig in de gaten houden van iemand dat hem en zijn omgeving duidelijk wordt dat hij onderwerp is van enigerlei vorm van overheidsoptreden – in beginsel altijd inbreuk maakt op het recht op privéleven in de zin van deze bepaling. Cruciaal daartoe achten wij dat de maatregel impliceert en overigens ook ten doel heeft om iemand in zijn vrijheid tot het aangaan en ontwikkelen van “relaties met andere mensen en met de buitenwereld”⁴⁴⁹ te beïnvloeden en deels de facto te belemmeren.⁴⁵⁰ Overigens kunnen volgens ons ook de vrijheid van religie uit artikel 9 EVRM, de vrijheid van meningsuiting uit artikel 10 EVRM en de vrijheid van vergadering en vereniging uit artikel 11 EVRM onder meer bijzondere omstandigheden in het geding komen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer persoonsgericht verstoren een belemmering wordt om, respectievelijk, een gebedsplaats of geestelijk leider te bezoeken, de mogelijkheid om op Internet vrij aan discussies deel te nemen of anderszins uitingen te doen, vrij aan vergaderingen en/of verenigingen deel te nemen. Erop gelet dat het hierbij

⁴⁴⁵ Human Rights Council, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/3, 13 March 2008, par. 35-36.

⁴⁴⁶ Human Rights Council, *Addendum. Response of the Kingdom of the Netherlands to the recommendations it received during the universal periodic review on 15 April 2008* (8th Session, 2009), A/HRC/8/31/Add.1, 25 August 2008, par. 40 (bij Recommendation 29).

⁴⁴⁷ *Kamerstukken II* 2006-2007, 29 754 en 30 977, nr. 104, p. 2 (Brief 22 augustus 2007, Terrorismebestrijding).

⁴⁴⁸ S. Ouchan & L. Talsma, ‘Persoonsgericht verstoren: een disproportionele maatregel in de strijd tegen terrorisme’, *NTM (NJCM-bul.)* 2007, 7, p. 989 (“evidente inbreuk”); E.R. Muller e.a., *Bestuur, recht en veiligheid: bestuursrechtelijke bevoegdheden voor openbare ordehandhaving en terrorismebestrijding*, COT Instituut voor Veiligheids- en Crisismanagement/Erasmus Universiteit Rotterdam/Universiteit Utrecht, 2007, p. 118 (“De maatregel maakt inbreuk op [...] artikel 8 EVRM.”). Zie ook J.G. Brouwer, *Van nachtbrakers tot terroristen, over persoonsgericht verstoren* (oratie Groningen), Rijksuniversiteit Groningen, 2006, p. 38-39.

⁴⁴⁹ EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. 30562/04, par. 67; EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4185/05, par. 61.

⁴⁵⁰ Vgl. ook EHRM 2 september 2010, *Uzun v. Germany*, Appl. 35623/05, par. 43 en 49-53.

om nogal exceptionele gevallen zou gaan, terwijl voor genoemde bepalingen een sterk gelijk beperkingsregiem van toepassing is als volgt uit artikel 8 lid 2 EVRM, zullen wij daaraan niet nader afzonderlijke aandacht besteden.

Opnieuw is de eerste voorwaarde die volgt uit artikel 8 lid 2 EVRM dat de inbreuk bij de wet moet zijn voorzien. In de literatuur wordt sterk betwijfeld – of zelfs ontkend – dat artikel 172 Gemeentewet en artikel 12 Politiewet in combinatie met artikel 2 Politiewet aan deze voorwaarde voldoen.⁴⁵¹ Onzes inziens is de vraag of aan de eerste voorwaarde wordt voldaan echter niet zo gemakkelijk te beantwoorden. Uiteraard levert de toegankelijkheid (“accessibility”) van deze bepalingen geen probleem op, aangezien zij officieel zijn gepubliceerd en overigens ook verder gemakkelijk raadpleegbaar zijn in wettenbundels en via het Internet.⁴⁵² Het komt dus aan op de voorzienbaarheid (“foreseeability”) en allereerst ook op de vraag of persoonsgericht verstoren in voldoende mate “enige basis in de nationale wet” heeft.

Dat laatste is waarschijnlijk het geval. In de hiervoor al behandelde zaak-*Landvreugd* merkt het EHRM op dat de inbreuk op het recht op bewegingsvrijheid – in casu de oplegging van een gebiedsverbod/verwijderingbevel voor 14 dagen – volgens de Raad van State kon worden gebaseerd op de artikelen 172 en 175 Gemeentewet. In het verlengde daarvan nam ook het EHRM aan dat de inbreuk “voldoende wettelijke basis” had aangezien het volgens het Hof “primair aan de nationale autoriteiten is, in het bijzonder aan de rechter, om het nationale recht te interpreteren en toe te passen”.⁴⁵³ Voor zover en zolang ook de Nederlandse rechter oordeelt dat artikel 172 Gemeentewet alsmede de artikelen 2 en 12 Politiewet een adequate basis voor persoonsgericht verstoren bieden, hetgeen de rechter thans toch wel doet zoals hiervoor in paragraaf 5.2.b blijkt, is het waarschijnlijk dat ook het EHRM daarvan uitgaat. Daaraan doet niet per se af dat deze bepalingen naar Nederlands recht eigenlijk niet of slechts problematisch een grondslag voor persoonsgericht verstoren kunnen vormen.⁴⁵⁴

Wat betreft het voorzienbaarheidsvereiste ligt het iets anders, in die zin dat het inzicht van de nationale rechter veel minder doorslaggevend is. Zoals al opgemerkt,⁴⁵⁵ oordeelt het EHRM in de zaak-*Landvreugd* dat de artikelen 172 en 175 Gemeentewet “nogal

⁴⁵¹ S. Ouchan & L. Talsma, ‘Persoonsgericht verstoren: een disproportionele maatregel in de strijd tegen terrorisme’, *NTM (NJCM-bul.)* 2007, 7, p. 991-994. Zie ook M.A.D.W. de Jong, ‘De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?’, in: L.J.J. Rogier, M.A.D.W. de Jong, C.M. Bitter & F.W. Bleichrodt, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (Preadviezen), VAR-reeks 138, Boom juridische uitgevers: Den Haag, 2007, p. 81-84.

⁴⁵² Zie voor bevestiging EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd v. the Netherlands*, Appl. 37331/97, par. 58.

⁴⁵³ EHRM, *Landvreugd*, a.w., par. 56.

⁴⁵⁴ Dat deze bepalingen geen deugdelijke grondslag naar Nederlands recht vormen, wordt onder andere betoogd in J.G. Brouwer, *Van nachtbrakers tot terroristen, over persoonsgericht verstoren* (oratie Groningen), Rijksuniversiteit Groningen, 2006, p. 2 e.v.; en M.A.D.W. de Jong, ‘De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?’, in: L.J.J. Rogier, M.A.D.W. de Jong, C.M. Bitter & F.W. Bleichrodt, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (Preadviezen), VAR-reeks 138, Boom juridische uitgevers: Den Haag, 2007, p. 81-84.

⁴⁵⁵ Zie paragraaf 5.1.d-ii.

algemeen” zijn geformuleerd.⁴⁵⁶ Niettemin erkent het Hof ook dat het vrijwel onmogelijk is om een bepaling te formuleren die elke omstandigheid dekt waarin de burgemeester het noodzakelijk zou kunnen vinden om de openbare orde te handhaven (waartoe zowel het voorkomen als beteugelen van verstoringen van de openbare orde behoort). Toch veronderstelt het EHRM in deze zaak niet louter op grond van de artikelen 172 en 175 Gemeentewet zelf dat er voldoende voorzienbaarheid was, hetgeen impliceert dat deze bepalingen als zodanig die voorzienbaarheid niet geheel kunnen verwezenlijken. Uiteindelijk waren voor het aannemen van die voorzienbaarheid vooral twee aanvullende argumenten nodig.

Een daarvan was dat er een waarborg tegen misbruik van de bevoegdheid was als gevolg van de mogelijkheid om tegen de inbreuk administratief bezwaar en eventueel nog beroep op de rechter in te stellen. Dat is in geval van persoonsgericht verstoren anders. Wanneer de burgemeester geen formeel (en dus schriftelijk) besluit in de zin van artikel 1:3 Awb neemt jegens degene op wie de persoonsgerichte verstoring ziet – en dat is de praktijk – staat daartegen geen administratief bezwaar of beroep op de rechter open. Het gaat dan immers louter om feitelijk handelen. Alleen een beroep op de civiele rechter – in het bijzonder de voorzieningenrechter in kort geding – zal dan soelaas kunnen bieden, zoals de hiervoor besproken uitspraken van de Rechtbank Amsterdam (KG) illustreren.⁴⁵⁷ Die uitspraken tonen dat er geen reden is om aan te nemen dat het beroep op de civiele voorzieningenrechter geen effectief rechtsmiddel is. Ook de voorzieningenrechter kan toetsen aan het EVRM. Verder bestaat ook nog altijd de mogelijkheid van een bodemprocedure. Daarvoor is dan bovendien ook weer het stelsel van rechtsmiddelen van toepassing. Weliswaar is administratief bezwaar en beroep op de bestuursrechter wat laagdrempelige dan het civiele kortgeding, maar dat doet er niet aan af dat ook de civiele rechter een adequate waarborg tegen misbruik van het middel van persoonsgericht verstoren biedt.

Van doorslaggevende betekenis voor het EHRM om in de zaken-*Landvreugd* en -*Oliveira* voorzienbaarheid aan te nemen lijkt vooral samen te hangen met het andere door het Hof aangevoerde argument. Dat argument is dat de betrokkenen in die zaak vooraf (in feite herhaaldelijk) was gewaarschuwd dat het gebiedsverbod/verwijderingbevel aan hem zou worden opgelegd indien hij zijn orde verstorende gedrag (openlijk harddrugsgebruik) zou voortzetten.⁴⁵⁸ Kennelijk kan het gebrek aan voorzienbaarheid van de wet zelf door de autoriteiten operationeel worden gecompenseerd in de fase voorafgaand aan de daadwerkelijke toepassing van de inbreukmakende maatregel. Overigens telt niet alleen de waarschuwing als zodanig in dit opzicht mee, ook relevant lijkt dat betrokkenen zich al langere tijd duidelijk schuldig maakten aan verstoring van de openbare orde en aan strafbare (drugs)feiten. Dat dergelijk gedrag uiteindelijk op maatregelen van de overheid stuit is op

⁴⁵⁶ EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd v. the Netherlands*, Appl. 37331/97, par. 60-61.

⁴⁵⁷ Rb Amsterdam (KG) 1 december 2005, *LJN AU7314* (“de bekeerde moslima”), en Rb Amsterdam (KG) 9 maart 2006, *LJN AV4173* (“de Hofstadconnectie”). Zie paragraaf 5.2.b.

⁴⁵⁸ EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd v. the Netherlands*, Appl. 37331/97, par. 65-66; EHRM 4 juni 2002, *Oliveira v. the Netherlands*, Appl. 33129/96, par. 47-59.

zichzelf immers voorzienbaar. Hiermee wijkt toepassing van het middel van persoonsgericht verstoren dus op twee belangrijke punten af van de in de zaak-*Landvreugd* gebruikte bevoegdheid. Ten eerste is er bij persoonsgericht verstoren in beginsel geen sprake van voorafgaande waarschuwingen. Overigens is hierbij ook niet duidelijk waartegen gewaarschuwd zou moeten worden. Of de autoriteiten bijvoorbeeld van iemand mogen vereisen dat hij of zij de omgang met bepaalde andere personen staakt lijkt ons nog maar zeer de vraag. In elk geval zou dit een zeer vergaande inbreuk op artikel 8 EVRM maken, zodat daarvoor ten minste een zeer stevige wettelijke basis zou moeten bestaan. Zeker wanneer binnen dat contact niet strafbaar of in strijd met de openbare orde wordt gehandeld. Gelet op de algemene formulering van de artikelen 2 en 12 Politiewet en de artikelen 172 en 175 Gemeentewet kunnen deze bepalingen voormelde stevige wettelijke basis volgens ons in elk geval niet verschaffen. Ten tweede is van belang dat persoonsgericht verstoren in beginsel juist betrekking heeft op personen die zich nog in het geheel niet met illegale of de openbare orde verstorende activiteiten hebben bezig gehouden. Dat niet-illegaal gedrag op maatregelen van de autoriteiten kan stuiten is moeilijk voorzienbaar. In elk geval is dat voor zulk gedrag veel minder voorzienbaar dan voor het illegale gedrag dat in de zaken-*Landvreugd* en -*Oliveira* centraal stond. Los daarvan geldt bovendien dat persoonsgericht verstoren – anders dan het optreden door de autoriteiten in deze twee zaken – veel meer in de marge, zo niet buiten de voorzienbare reikwijdte ligt van artikel 172 Gemeentewet en overigens ook de artikelen 2 en 12 Politiewet.⁴⁵⁹ Kortom: als het gaat om persoonsgericht verstoren vraagt het gebrek aan voorzienbaarheid van de toepasselijke bepalingen dus om nog stevigere operationele compensatie dan die het EHRM in de zaken-*Landvreugd* en -*Oliveira* al nodig achtte, terwijl die compensatie bij persoonsgericht verstoren juist veel minder zal zijn dan in deze zaken het geval was.

Gelet op het voorgaande bestaat er naar onze inschatting een zeer aanzienlijk risico dat de bepalingen op basis waarvan persoonsgericht verstoren plaatsvindt bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van het recht op privéleven uit artikel 8 lid 2 EVRM zouden worden geacht. Dat geldt temeer wanneer het EHRM de reeds bestaande kritiek van de Commissaris voor de Rechten van de Mens in de afweging zou betrekken.

Ook voor persoonsgericht verstoren is het evident dat deze maatregel er toe strekt bij te dragen aan de nationale veiligheid en het voorkomen van terroristische criminaliteit. Daarom en mede gelet op de rechtspraak over deze voorwaarde is het ook nu zeer onwaarschijnlijk dat het Hof zou oordelen dat de maatregelen geen legitiem doel in de zin

⁴⁵⁹ Vgl. J.G. Brouwer, *Van nachtbrakers tot terroristen, over persoonsgericht verstoren* (oratie Groningen), Rijksuniversiteit Groningen, 2006, p. 2 e.v.; M.A.D.W. de Jong, ‘De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?’, in: L.J.J. Rogier, M.A.D.W. de Jong, C.M. Bitter & F.W. Bleichrodt, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (Preadviezen), VAR-reeks 138, Boom juridische uitgevers: Den Haag, 2007, p. 81-84.

van artikel 8 lid 2 EVRM dienen. Overigens nam ook door de Amsterdamse voorzieningenrechter in kort geding aan dat deze voorwaarde is vervuld.⁴⁶⁰

Tot slot de voorwaarde dat de toepassing van de maatregel noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving. Voor de betekenis daarvan voor het persoonsgericht verstoren verwijzen wij primair naar hetgeen wij daarover reeds opmerkten voor de individuele maatregelen uit de voorgestelde Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid.⁴⁶¹ Dat is hier grotendeels van toepassing nu die individuele maatregelen immers van gelijksoortige aard en strekking zijn als de maatregel van persoonsgericht verstoren. Vooral het feit dat de maatregel personen beoogt te treffen die zich nog in het geheel niet met illegale of de openbare orde verstorende activiteiten hebben bezig gehouden zal ook nu vervulling van het noodzakelijkheidsvereiste wezenlijk kunnen bemoeilijken. Dat geldt temeer naar mate de inbreuk op artikel 8 lid 2 EVRM verstrekkender is. Dit betekent dat er bij persoonsgericht verstoren van dergelijke personen ten minste een niet verwaarloosbaar risico is dat het EHRM dit niet als “noodzakelijk in een democratische samenleving” zou beschouwen.

e. Conclusies over persoonsgericht verstoren

Hiervoor staat de maatregel van persoonsgericht verstoren centraal. Na een uiteenzetting van de maatregel is ook nu allereerst bekeken of er direct op de maatregel betrekking hebbende Nederlandse jurisprudentie, jurisprudentie van het EHRM en bevindingen van de Commissaris voor de Rechten van de Mens beschikbaar zijn. Dit levert het volgende beeld op.

1. De Nederlandse rechter heeft toepassing van de maatregel van persoonsgericht verstoren tot op heden twee maal getoetst. Dit gebeurde in civielrechtelijke kort-gedingprocedures. In beide gevallen lijken de vonnissen van de voorzieningenrechter te impliceren dat persoonsgericht verstoren gelet op het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM onder omstandigheden toelaatbaar kan zijn. In de ene zaak neemt de rechter die toelaatbaarheid ook aan, terwijl in de andere zaak de toepassing van de maatregel niet proportioneel en daarom niet noodzakelijk in een democratische samenleving wordt geacht.
2. Het EHRM heeft de maatregel van persoonsgericht verstoren of de toepassing daarvan tot op heden niet aan een van de bepalingen in het EVRM getoetst.
3. De Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa is zeer kritisch over de maatregel van persoonsgericht verstoren. Hij voert meerdere bezwaren daartegen aan en beveelt de Nederlandse autoriteiten aan om bij de maatregel van

⁴⁶⁰ Rb Amsterdam (KG) 1 december 2005, *LJN* AU7314 (“de bekeerde moslima”), r.o. 8, en Rb Amsterdam (KG) 9 maart 2006, *LJN* AV4173 (“de Hofstadconnectie”), r.o. 11.

⁴⁶¹ Zie paragraaf 5.1.d-i.

persoonsgericht verstoren te voorzien in effectieve procedurele waarborgen alsmede verplichte rechterlijke machtiging vooraf.

4. Het Comité voor de Mensenrechten spreekt er zijn zorgen over uit dat burgemeesters de maatregel van persoonsgericht verstoren kunnen doen toepassen en dat persoonsgericht verstoren, nu de maatregel geen rechterlijke machtiging of controle vereist, in strijd is met het recht op privéleven uit artikel 17 IVBPR. Volgens het Comité dient Nederland de wetgeving zo aan te passen dat antiterrorismemaatregelen niet in conflict komen met deze bepaling en dat er in effectieve waarborgen wordt voorzien, waaronder rechterlijke toetsing, teneinde misbruik tegen te gaan. Bij de andere VN-verdragscomités is persoonsgericht verstoren in geen enkele toezichtsprocedure bediscussieerd. Wel kwam de maatregel nog in beeld bij de Universal Periodic Review, maar de VN-Mensenrechtenraad besteedde er zelf geen specifieke aandacht aan.

Vervolgens is de houdbaarheid van de maatregel van persoonsgericht verstoren nader geanalyseerd op grond van jurisprudentie van het EHRM die niet direct op de onderhavige maatregel ziet en deels zelfs niet op Nederland. Desondanks geeft de gebruikte jurisprudentie een goede indicatie of de grondslag van de maatregel en de toepassing daarvan voldoen aan de rechten en vrijheden uit het EVRM. Dit levert de volgende conclusies op.

5. Ten einde te bepalen of de grondslag van de maatregel en de toepassing daarvan in overeenstemming met de fundamentele rechten zijn, dient de analyse zich gelet op de aard en inhoud van die wet te concentreren op het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM (en onder omstandigheden op het recht op de vrijheden van religie uit artikel 9 EVRM, meningsuiting uit artikel 10 EVRM en vergadering en vereniging uit artikel 11 EVRM).
6. Toepassing van de maatregel van persoonsgericht verstoren – dus het zodanig in de gaten houden van iemand dat hem en zijn omgeving duidelijk wordt dat hij onderwerp is van enigerlei vorm van overheidsoptreden – maakt in beginsel altijd inbreuk – dat is nog geen schending – op het recht op privéleven in de zin van artikel 8 lid 1 EVRM. Voorts kan die toepassing inbreuk maken artikel 9 lid 2 EVRM, artikel 10 lid 2 EVRM en artikel 11 lid 2 EVRM.
7. Voor zover persoonsgericht verstoren berust op een of meer van de artikelen 2 en 12 politiewet en 172 Gemeentewet, voldoen de wettelijke grondslag van de maatregel zonder meer aan het vereiste van toegankelijkheid (“accessibility”) in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM (en de artikelen 9 lid 2, 10 lid 2, en 11 lid 2 EVRM).
8. Er bestaat een zeer aanzienlijk risico dat de bepalingen op basis waarvan persoonsgericht verstoren plaatsvindt bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar (“foreseeability”) in de zin van het recht op privéleven uit artikel 8 lid 2 EVRM zouden worden geacht.

9. Bij *toepassing van de maatregel van persoonsgericht verstoren* is het zeer waarschijnlijk dat het Hof bij een eventuele toetsing zal accepteren dat dit een legitiem doel dient in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM (en de artikelen 9 lid 2, 10 lid 2, en 11 lid 2 EVRM).
10. Er bestaat een niet verwaarloosbaar risico dat *toepassing van de maatregel van persoonsgericht verstoren* bij toetsing door het hof als niet “noodzakelijk in een democratische samenleving” wordt aangemerkt. Dat is in het bijzonder het geval wanneer deze maatregel ziet op personen die zich nog in het geheel niet met illegale of de openbare orde verstorende activiteiten hebben beziggehouden.

6 Samenvatting en conclusies

Het laatste decennium is een behoorlijk aantal antiterrorismemaatregelen tot stand gekomen in Nederland. Gelet op de aanbevelingen van de Commissie evaluatie anti-terrorismebeleid (Commissie-Suyver), in het parlement gevoerde discussies, besprekingen in de literatuur en onze eigen vooranalyse, verdienen er in het bijzonder zes daarvan nader aandacht vanuit het oogpunt van fundamentele rechten. Dit zijn de Wet terroristische misdrijven, de Wet training voor terrorisme, de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven, de Wet afgeschermd getuigen, de voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid en de maatregel persoonsgericht verstoren. In het voorliggende onderzoek is bezien of deze maatregelen, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de inhoud en strekking van de fundamentele rechten. Daarbij komt binnen het onderzoek voor elke maatregel het volgende aan de orde.

- a. Allereerst is er steeds een korte beschrijving van de inhoud en werking van de maatregel alsmede van het doel ervan.
- b. Daarna volgt een uiteenzetting van alle jurisprudentie waarin de Nederlandse rechter de betreffende maatregel, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan heeft getoetst aan fundamentele rechten (in potentie kan het daarbij vooral gaan om bepalingen uit de Grondwet, het EVRM en de VN-mensenrechtenverdragen).
- c. Verder wordt behandeld of de besproken Nederlandse antiterrorismemaatregelen, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan door internationale mensenrechteninstanties aan fundamentele rechten zijn getoetst en zo ja om welke fundamentele rechten het daarbij gaat en wat de uitkomst van de toetsing is. Ter beantwoording van deze vragen is gekeken naar de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, de rapporten van de Commissaris voor de Rechten van der Mens van de Raad van Europa, bevindingen in het kader van de Universal Periodic Review van de VN Mensenrechtenraad en de jurisprudentie, rapporten en andere relevante documenten van de VN-verdragscomités.
- d. Vervolgens zijn alle antiterrorismemaatregelen die in dit onderzoek centraal staan nader geanalyseerd op grond van beslissingen en uitspraken van het EHRM die niet rechtstreeks betrekking hebben op de desbetreffende wet of andersoortige maatregel, maar wel relevant zijn voor de vraag of deze zelf, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan in overeenstemming zijn met de rechten en vrijheden uit het EVRM en de Protocollen daarbij.
- e. Aan het slot van de bespreking van de respectievelijke antiterrorismemaatregelen volgt een puntsgewijze uiteenzetting van de conclusies over de desbetreffende maatregel.

Gelet op het grote aantal deelconclusies (ruim 70) en de gedetailleerdheid ervan, en in aanmerking genomen dat deze reeds overzichtelijk zijn weergegeven in voorgaande

hoofdstukken, zullen wij alle conclusies hier niet herhalen. In plaats daarvan lichten wij er hierna enkele van de belangrijkste conclusies uit en leggen wij enkele dwarsverbanden.

Toetsing maatregelen aan fundamentele rechten door Nederlandse rechter

De in dit onderzoek behandelde maatregelen zijn tot nu toe nauwelijks of niet door de Nederlandse rechter aan fundamentele rechten getoetst. Soms is dat te verklaren doordat de betreffende maatregel nog niet is aangenomen, dan wel nog niet zo lang in werking is getreden. Dit doet zich voor bij respectievelijk de voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid en de Wet training voor terrorisme. Soms lijkt de maatregel nog nauwelijks te zijn toegepast, zoals de Wet afgeschermdde getuigen en de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven. Daarentegen speelde de Wet terroristische misdrijven al een rol in tientallen strafzaken, waaronder de bekende zaak-*Mohammed B.*, de *Piranhazaken* en de *Hofstadgroepzaken*. In deze zaken wordt echter niet of nauwelijks aan fundamentele rechten getoetst. Enkel de maatregel persoonsgericht verstoren is tweemaal door de Nederlandse rechter getoetst aan fundamentele rechten. De toepassing van de maatregel werd daarbij eenmaal in strijd bevonden met het proportionaliteitsvereiste dat geldt voor het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM. De maatregel *zelf* werd in beide zaken niet in strijd geacht met enig nationaal of internationaal fundamenteel recht.

Toetsing maatregelen aan fundamentele rechten door internationale instanties

Geen van de maatregelen is tot dusver door het EHRM getoetst aan een van de bepalingen van het EVRM of protocollen daarbij. Dat is in elk geval in zoverre niet verwonderlijk dat verschillende van de onderzochte maatregelen van tamelijk recente datum zijn. Bovendien kan een zodanige toetsing slechts aan de orde zijn naar aanleiding van een individuele klacht door een persoon die meent door de maatregel of toepassing ervan in zijn fundamentele rechten te zijn getroffen.

Met uitzondering van de Wet training voor terrorisme zijn alle maatregelen wel door de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa beoordeeld. Deze heeft zich kritisch tot zeer kritisch over die maatregelen uitgelaten. Zo vindt hij de begrippen in de materieelstrafrechtelijke Wet terroristische misdrijven en de strafvorderlijke Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven te vaag en ruim. Ten aanzien van laatstgenoemde wet constateert hij voorts spanning met het recht op verdediging uit artikel 6 EVRM vanwege de mogelijkheid de verdediging langere tijd inzage van stukken te onthouden. Over de Wet afgeschermdde getuigen oordeelt hij dat er afbreuk wordt gedaan aan de positie van de verdediging onder meer omdat de verdediging niet altijd het verhoor van de afgeschermdde getuigen kan bijwonen, de getuige in de meeste zaken anoniem zal blijven en deze bovendien een beslissende rol heeft in het besluit of het proces-verbaal van het verhoor in het strafproces zal worden ingebracht. Volgens de commissaris leveren voorts de voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid en de maatregel persoonsgericht verstoren spanning op met een aantal rechten uit het EVRM.

Tot slot zijn er ook door verschillende van de VN-verdragcomités kritische vragen gesteld, opmerkingen gemaakt en aanbevelingen gedaan in relatie tot enkele van de antiterrorismemaatregelen. Dat geldt voor de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven, de Wet afgeschermd getuigen, de voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid en de maatregel persoonsgericht verstoren.

Beoordeling maatregelen in licht van toepasselijke rechtspraak EHRM

De analyse van de maatregelen op grond van de jurisprudentie van het EHRM betrof in het bijzonder het recht op vrijheid (artikel 5 EVRM), het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM), het legaliteitsbeginsel (artikel 7 EVRM), het recht op privéleven (artikel 8 EVRM), de vrijheden van religie (artikel 9 EVRM), meningsuiting (artikel 10 EVRM), het recht op eigendom (artikel 1 Protocol 1 EVRM) en het recht op bewegingsvrijheid (artikel 2 Protocol 4 EVRM). Steeds stond daarbij de vraag centraal of deze maatregelen, de bepalingen daarin en de toepassing daarvan voldoen aan het absolute minimumniveau van mensenrechtenbescherming dat volgt uit de jurisprudentie van het EHRM. Het ging dus nadrukkelijk niet om de vraag of het minimumniveau wel of niet ook het meest wenselijke niveau van bescherming is en of de maatregelen daaraan wel of niet voldoen.

Uit die analyse vloeit als eerste de belangrijke conclusie voort dat voor geen van de behandelde wetten of andersoortige maatregelen geldt dat die *reeds op zichzelf* zeker of hoogstwaarschijnlijk in strijd is met het EVRM. Maar de analyse leidt voor een aantal wetten wel tot de conclusie dat bepalingen daaruit bij eventuele toetsing door het Hof *reeds op zichzelf* mogelijk onvoldoende voorzienbaar zullen worden geacht. Zo wordt ten aanzien van de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven geconcludeerd dat er een niet verwaarloosbaar risico bestaat dat de wet wat betreft de bevoegdheden tot onderzoek van voorwerpen, vervoermiddelen en kleding onvoldoende voorzienbaar is in de zin van artikel 8 lid 2 EVRM (recht op privéleven). Ook voor de bepalingen inzake het opleggen van individuele maatregelen uit de voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid is er een niet verwaarloosbaar risico dat het Hof deze bepalingen reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar in de zin van het recht op bewegingsvrijheid uit artikel 2 Protocol 4 EVRM zou achten. Bovendien leidt de analyse wat betreft de maatregel van persoonsgericht verstoren tot de conclusie dat er een zeer aanzienlijk risico bestaat dat de bepalingen op basis waarvan de maatregel van persoonsgericht verstoren plaatsvindt bij toetsing door het Hof reeds als zodanig onvoldoende voorzienbaar in de zin van het recht op privéleven uit artikel 8 lid 2 EVRM worden geacht.

Verder geldt voor alle door ons behandelde wetten dat *toepassing* ervan – althans voor zover dit inbreuk maakt op het recht op privéleven uit artikel 8 EVRM en/of de vrijheden van religie uit artikel 9 EVRM, meningsuiting uit artikel 10 EVRM of vergadering en vereniging uit artikel 10 EVRM – zeer waarschijnlijk door het EHRM zou worden aangemerkt als een legitiem doel dienend. In het bijzonder gaat het dan om het doel van het voorkomen van strafbare feiten en de bescherming van de nationale en openbare veiligheid. Tegelijkertijd gaat voor al die wetten op dat die *toepassing* onder omstandigheden tot schending van

het verdrag kan leiden omdat die toepassing niet als “noodzakelijk in een democratische samenleving” in de zin van de zojuist genoemde bepalingen zou kunnen worden aangemerkt. De risico’s daarop zijn het grootst bij gebruikmaking van de maatregel van persoonsgericht verstoren, de individuele maatregelen bij de voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid, en de bijzondere opsporingsbevoegdheden en bevoegdheden tot preventief onderzoek aan voertuigen, kleding en voorwerpen uit de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven. Voorts geldt dat de *toepassing* van de Wet afgeschermdde getuigen *onder omstandigheden* in strijd kan komen met het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM, dus ook wanneer de waarborgen uit die wet volledig in acht worden genomen. Daarentegen concluderen wij voor de Wet terroristische misdrijven en de Wet training voor terrorisme dat het onwaarschijnlijk is dat toepassing van de strafbepalingen daaruit in strijd komt met het EVRM. Althans zolang de Nederlandse rechter een uitleg en toepassing daaraan geeft die in een redelijk verband staat tot de essentie van de desbetreffende bepaling. Hetzelfde geldt voor toepassing van de bijkomende straf van het beroepsverbod uit de Wet training voor terrorisme zolang de rechter de wet niet toepast op veroordelingen waarvoor de wet niet de mogelijkheid tot oplegging van een beroepsverbod verschaft.

EHRM versus Commissaris voor de Rechten van de Mens en VN-comités

De analyse op grond van de jurisprudentie van het EHRM levert voor geen enkele maatregel de conclusie op dat de wettelijke basis daarvan, de bepalingen erin of de toepassing ervan zeker schending van fundamentele rechten impliceert, al is voor sommige maatregelen wel sprake van een risico, een aanzienlijk risico of zelfs een zeer aanzienlijk risico daarop. Tegelijkertijd spraken in het bijzonder de Commissaris voor de Rechten van de Mens van de Raad van Europa en in mindere mate enkele VN-mensenrechtencomités hun zorgen uit over verschillende maatregelen. In sommige gevallen namen zij daarbij het standpunt in dat de wet of andersoortige maatregel gelet op de fundamentele rechten aanpassing behoeft. In zoverre zou men kunnen oordelen dat er een discrepantie bestaat tussen de jurisprudentie van het EHRM en de bevindingen van de commissaris en die VN-comités. Toch betekent dit onzes inziens niet dat een van beide tot verkeerde conclusies is gekomen.

Bij de waardering van de beoordelingen door in elk geval het Hof en de commissaris moet immers worden bedacht dat het hierbij gaat om twee verschillende toezicht-mechanismen die wezenlijk van karakter en taak verschillen en die elkaar beogen aan te vullen. Waar de beslissingen en uitspraken het EHRM vrijwel altijd een gedetailleerde juridische toetsing aan fundamentele rechten in een individuele zaak betreffen, beoogt de commissaris juist te voorzien in een veel algemenere beoordeling van de wetgeving en praktijk van een land om mogelijke mensenrechtelijke tekortkomingen daarin op het spoor te komen en daarover met de autoriteiten een dialoog te voeren. De jurisprudentie van het EHRM geeft bovendien slechts het absolute minimumniveau van mensenrechten-bescherming aan dat staten in acht dienen te nemen, terwijl de commissaris veeleer om een

rechtssysteem en rechtspraak vraagt die in een adequaat niveau van mensenrechtenbescherming voorzien en risico's op mensenrechtenschendingen zoveel mogelijk uitsluiten.

In zoverre dienen de bevindingen van de commissaris dus ook niet strikt te worden beoordeeld aan de hand van de juridische minimumnormen die naar voren komen in de jurisprudentie van het EHRM. Sterker nog: daar waar uit de jurisprudentie van het Hof volgt dat er bij toepassing van een bepaalde antiterrorismemaatregel een noemenswaardig risico op schending bestaat, terwijl ook de commissaris zich kritisch over die maatregel uitlaat, moet worden geconcludeerd dat de maatregel zich in elk geval op en mogelijk over de uiterste rand bevindt van wat nog toelaatbaar is gelet op de fundamentele rechten.

7 Summary and conclusions

*Dutch antiterrorism legislation reviewed in light of fundamental rights
An analysis with special attention to the ECHR*

Recent years have witnessed the introduction of a large number of anti-terrorism measures in the Netherlands. Following on from the recommendations of the Suyver Committee (The Anti-Terrorism Policy Evaluation Committee), parliamentary debates, discussions in the literature and our own preliminary analysis, six of these have been found to merit particular attention in respect of fundamental rights. These are the Terrorist Criminal Offences Act (Wet op terroristische misdrijven), the Terrorist Training Act (Wet training voor terrorisme), the Detection and Prosecution of Terrorist Crimes Act (Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven), the Protected Witnesses Act (Wet afgeschermd getuigen), the National Security Administrative Measures Bill (voorstel-Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid), and the Personal Disruption Measure (Maatregel persoonsgericht verstoren). The research reported here examined whether these measures, their provisions and their application are in accordance with the substance and import of fundamental human rights. In that regard, the following matters are considered for each measure.

- a. First, a brief description is given of the measure's content, operation, and objective.
- b. This is followed by an explanation of all jurisprudence wherein the Dutch Courts have reviewed the measure in question, its provisions and its application against fundamental rights (potentially, this mainly involves the Constitution, the European Convention on Human Rights and the UN Human Rights Treaties).
- c. A discussion follows of whether the respective Dutch anti-terrorism measures, their provisions and their application have been reviewed against fundamental rights by international human rights organs and, if so, which fundamental rights are concerned and the results of the review. To answer this question we have looked at the jurisprudence from the European Court of Human Rights, the reports of the Council of Europe's Commissioner for Human Rights, findings in the context of the UN Human Rights Council's Universal Periodic Review, and jurisprudence, reports and other relevant documents from the UN Convention Committees.
- d. All the anti-terrorism measures on which this research concentrates are then analyzed more closely on the basis of decisions and judgements by the European Court of Human Rights that are not directly related to the Act or other measure under discussion, but which are relevant to the question of whether it, its provisions and its application are in conformity with the rights and freedoms issuing from the European Convention on Human Rights and associated Protocols.
- e. Finally, the discussion of the respective anti-terrorist measure closes with a list of conclusions about the measure.

In view of the large number of individual conclusions (more than 70), and having regard to the fact that these are presented in summary form in the foregoing chapters, we shall not repeat all the conclusions here. Rather, we select here some of the most important conclusions and draw some connections between them.

Reviewing measures against fundamental rights by the Dutch Courts

The measures dealt with in this investigation have not previously been reviewed by the Dutch Courts in regard to fundamental rights, or only marginally so. In some cases this is because the measure concerned has not yet passed into law, or has not been in effect for long. This applies to the National Security Administrative Measures Bill and the Terrorist Training Act. In some cases it would appear that the measure has scarcely been used, such as the Protected Witnesses Act and the Detection and Prosecution of Terrorist Crimes Act. By contrast, the Terrorist Criminal Offences Act has been invoked in dozens of criminal cases, including the well-known *Mohammed B.* case, the *Piranha* cases, and the *Hofstad Group* prosecutions. In none of these cases, however, were fundamental rights reviewed, or only barely so. Only the Personal Disruption Measure has been reviewed twice against fundamental rights in the Dutch Courts. The measure's application was found once to be in conflict with the proportionality requirement, which affects the right to privacy under article 8 ECHR. In both cases, the measure *itself* was not found to conflict with any national or international, fundamental right.

Reviewing measures against fundamental rights by international organs

None of the measures have thus far been reviewed by the European Court of Human Rights (ECtHR) against a provision of the European Convention on Human Rights (ECHR) or associated protocols. This is not especially surprising, in that several of the measures investigated are of relatively recent origin. Moreover, such a review may only be contemplated after an individual complaint by a person who believes that his/her fundamental rights have been infringed by the measure or its application.

With the exception of the Terrorist Training Act, all measures have been assessed by the Council of Europe's Commissioner for Human Rights, who was critical or even very critical of them. For example, he finds the concepts in the substantive criminal law Terrorist Criminal Offences Act and criminal prosecutions under the Detection and Prosecution of Terrorist Crimes Act too vague and too broad. In respect of the latter Act he also discerned a conflict with the right to a defence under article 6 ECHR due to the possibility that the defence can be denied sight of documents. His judgement of the Protected Witnesses Act is that it harms the defence's position, in part because the defence may not always attend the interrogation of the protected witness (who will be an agent of a Dutch intelligence service), the witness will remain anonymous in most cases, and further, the witness plays a crucial role in deciding whether the record of the interrogation can be introduced in criminal proceedings. According to the Commissioner, the National Security Administrative Measures

Bill and Personal Disruption Measure are also in conflict with a number of rights under the Convention.

Finally, a number of UN treaty committees have also posed critical questions, made remarks and offered recommendations in respect of several of the anti-terrorism measures, including the Detection and Prosecution of Terrorist Crimes Act, the Protected Witnesses Act, the National Security Administrative Measures Bill and the Personal Disruption Measure.

Assessment of measures in light of applicable case law of the ECtHR

The analysis of the measures in light of jurisprudence from the ECtHR relates especially to the right to freedom (article 5), the right to a fair trial (article 6), the legality principle (article 7), the right to privacy (article 8), freedom of religion (article 9), freedom of expression (article 10), the right to property (article 1, Protocol 1) and the right to freedom of movement (article 2, Protocol 4). The central question here is always whether the measure, its provisions and its application meet the absolute minimum level for the protection of human rights as set out in the ECtHR's jurisprudence. This is thus expressly not concerned with the question of whether the minimum level is or is not the most desirable level of protection and whether the measure does or does not meet that most desirable level.

The first thing to emerge from the analysis is the conclusion that none of the Acts or other measures discussed is *in and of itself* in conflict with the Convention. In a number of cases, though, the analysis leads to the conclusion, were the application of certain provisions of a number of measures to be reviewed by the Court, that these provisions would *in and of themselves* possibly be regarded as insufficiently foreseeable. In respect of the Detection and Prosecution of Terrorist Crimes Act, for instance, it is concluded that there is a non-negligible risk that the Act is insufficiently foreseeable in regard to powers to investigate objects, vehicles and clothing in the sense of article 8 paragraph 2 ECHR (right to privacy). Further, in regard to the imposition of individual measures under the National Security Administrative Measures Bill, there is a non-negligible risk that the Court would regard these provisions as insufficiently foreseeable in the sense of a right of freedom of movement in consideration of article 2, Protocol 4. Moreover, in respect to the Personal Disruption Measure, the analysis leads to the conclusion that there is a very considerable risk that the provisions underlying the Personal Disruption Measure, if reviewed by the Court, would be viewed as insufficiently foreseeable as such in the sense of the right to privacy under article 8, paragraph 2 ECHR.

Furthermore, in relation to all the measures looked at, it is the case that their *application* – at least insofar as this breaches the right to privacy under article 8 ECHR and/or the freedom of religion under article 10 – would very probably be characterised by the European Court as serving a legitimate aim. This relates especially to the goal of preventing criminal acts and protecting national security and public safety. At the same time, in regard to all the measures, their *application* under certain circumstances can lead to a violation of the Convention because the application could not be regarded as “necessary in a

democratic society” in the sense of the provisions just noted. The risk that this will occur is greatest when recourse is had to the Personal Disruption Measure, individual measures under the National Security Administrative Measures Bill, and the special detection measures and authority to conduct preventive searches of vehicles, clothing and objects under the Detection and Prosecution of Terrorist Crimes Act. It is also the case that the *application* of the Protected Witnesses Act *under certain circumstances* may come into conflict with the right to a fair trial under article 6 ECHR, even when the guarantees offered under the Act are observed in their entirety. By contrast, in regard to the Terrorist Criminal Offences Act and the Terrorist Training Act, our conclusion is that it is unlikely that application of the penalties under these measures would come into conflict with the ECHR. At least, as long as the Dutch Court issues an explanation and applies the law having reasonable regard to the essence of these measures. The same holds for application of the special penalty of prohibiting the exercise of a profession under the Terrorist Training Act, as long as the Court does not apply the Act when passing sentences for which the Act does not afford the possibility to prohibit the exercise of a profession.

ECtHR versus Commissioner for Human Rights and UN Committees

In none of the cases considered does the analysis based on the jurisprudence of the European Court of Human Rights lead us to conclude that the legal basis of the measures, their provisions or the application imply with certainty that fundamental human rights are violated, even though some measures are associated with a risk, a considerable risk or even a very considerable risk that they are. At the same time, the Council of Europe’s Human Rights Commissioner in particular, and to a lesser degree several UN Human Rights Committees, have expressed their concern about some of the measures. In some cases they adopted the standpoint that the Act or similar measure needed amending in view of fundamental rights. To that extent, then, one may judge that there is a discrepancy between the ECtHR’s jurisprudence and the findings of the Commissioner and the UN committees. Nevertheless, in our view, this does not mean that one or the other has drawn erroneous conclusions.

When one assesses the assessment of the Court and the Commissioner, in any case, it should be born in mind that we are here dealing with two supervisory mechanisms, which differ materially in their nature and their tasks, and which seek to complement each other. Where the decisions and judgements of the Court nearly always involve a detailed legal review of fundamental rights in an individual case, the Commissioner’s intent is to provide a much more general assessment of a country’s legislation and practice in order to track down possible human rights shortcomings and to enter into dialogue with the authorities about them. Moreover, the Court’s jurisprudence indicates only the absolute minimum level of human rights protection that should be observed, while the Commissioner frequently demands a legal system and legal practice that provide an adequate level of protection for human rights, excluding as far as possible any risk that human rights are violated.

In this regard therefore, the Commissioner's findings do not need to be assessed strictly in accordance with the legal minimum standard that emerges from the Court's jurisprudence. To put it more strongly, where it follows from the Court's jurisprudence that there is an appreciable risk of violation associated with the application of a given anti-terrorism measure, while the Commissioner offers a critical opinion of the measure, the conclusion must be that the measure lies right at the limit of the permissible in regard to fundamental rights – and possibly even beyond it.

8 Lijst van jurisprudentie

VN-Mensenrechtenraad

Human Rights Council, *National report submitted in accordance with paragraph 15(a) of the annex to human rights council resolution 5/1, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/1, 7 March 2008.

Human Rights Council, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights, The Netherlands* (1st Session, 2008), A/HRC/WG.6/1/NLD/3, 13 March 2008.

Human Rights Council, *Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, The Netherlands* (8th Session, 2009), A/HRC/8/31, 13 May 2008.

Human Rights Council, *Addendum. Response of the Kingdom of the Netherlands to the recommendations it received during the universal periodic review on 15 April 2008* (8th Session, 2009), A/HRC/8/31/Add.1, 25 August 2008.

VN-Mensenrechtencomité

Human Rights Committee, *List of issues to be taken up in connection with the Consideration of the fourth periodic report of the Netherlands* (49th Session, 2008), CCPR/C/NLD/Q/4, 25 November 2008.

Human Rights Committee, *Replies to the list of issues to be taken up in connection with the consideration of the fourth periodic report of the Netherlands*, CCPR/C/NLD/Q/4/Add.1, 5 June 2009.

Human Rights Committee, *Consideration of reports submitted by States Parties under Article 40 of the Covenant, the Netherlands* (Summary Record of the 2631st Meeting), CCPR/C/SR.2631, 22 July 2009.

Human Rights Committee, *Concluding Observations, the Netherlands* (96th Session, 2009), CCPR/C/NLD/CO/4, 25 August 2009.

VN-Comité tegen Foltering

Committee against Torture, *List of issues to be considered during the examination of the fourth periodic report of Netherlands* (38th Session, 2007), CAT/C/NET/Q/4/Rev. 1, 15 February 2007.

Committee against Torture, *Written replies by the Government of The Netherlands to the list of issues* (38th Session, 2007), CAT/C/NET/Q/4/Rev.1/Add.1, 4 May 2007.

Committee against Torture, *Concluding Observations, the Netherlands* (38th Session, 2007), CAT/C/NET/CO/4, 3 August 2007.

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 11 februari 1967, *X v. Austria*, Appl. 2370/64
EHRM 12 oktober 1978, *X en Y v. Austria*, Appl. 7909/77
EHRM 10 februari 1983, *Albert and le Compte v. Belgium*, Appl. 7299/75, 7496/76
EHRM 25 maart 1983, *Silver and others v the United Kingdom*, Appl. 5947/72
EHRM 28 juni 1984, *Campbell and Fell v. United Kingdom*, Appl. 7819/77, 7878/77
EHRM 2 augustus 1984, *Malone v. the United Kingdom*, Appl. 8691/79
EHRM 26 juni 1986, *Van Marle v. the Netherlands*, Appl. 8543/79
EHRM 26 maart 1987, *Leander v. Sweden*, Appl. 9248/81
EHRM 24 mei 1988, *Müller v Zwitserland*, Appl. 10737/84
EHRM 30 maart 1989, *Chappell v. the United Kingdom*, Appl. 10461/83
EHRM 7 juli 1989, *Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden*, Appl. 10873/84
EHRM 19 december 1989, *Brozicek v. Italy*, Appl. 10964/84
EHRM 24 april 1990, *Kruslin v. France*, Appl. 11801/85
EHRM 30 augustus 1990, *Fox, Campbell and Hartley v. the United Kingdom*, Appl. 12244/86
EHRM 18 februari 1991, *Fredin v. Sweden (No. 1)*, Appl. 12033/86
EHRM 2 juli 1991, *Huber v. Austria*, Appl. 5523/72
EHRM 17 augustus 1992, *Tomasi v. France*, Appl. 12850/87
EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis v. Greece*, Appl. 14307/88
EHRM 21 september 1993, *Kremzow v. Austria*, Appl. 12350/86
EHRM 22 februari 1994, *Raimondo v. Italy*, Appl. 12954/87
EHRM 28 oktober 1994 (GK), *Murray v. the United Kingdom*, Appl. 14310/88.
EHRM 23 februari 1995, *Gasus Dosier- und Fördertechnik GmbH v. the Netherlands*, Appl. 15375/89
EHRM 27 oktober 1995, *C.R. v. the United Kingdom*, Appl. 20190/92
EHRM 26 maart 1996, *Doorson v. the Netherlands*, Appl. 20524/92
EHRM 22 oktober 1996, *Cantoni v. France*, Appl. 17862/91
EHRM 23 april 1997, *Van Mechelen v. the Netherlands*, Appl. 21363/93
EHRM 23 september 1998, *Steel v. the United Kingdom*, Appl. 24838/94
EHRM 26 januari 1999, *Garner v. the United Kingdom*, Appl. 38330/97
EHRM 26 januari 1999, *Hibbert v. the Netherlands*, Appl. 38087/97
EHRM (GK) 25 maart 1999, *Iatridis v. Greece*, Appl. 31107/96
EHRM (GK) 25 maart 1999, *Pélissier and Sassi v. France*, Appl. 25444/94
EHRM 8 juli 1999, *Sürek v. Turkey (no. 2)*, Appl. 24122/94

EHRM (GK) 5 januari 2000, *Beyeler v. Italy*, Appl. 33202/96
EHRM (GK), 16 februari 2000, *Rowe and Davis v. the United Kingdom*, Appl. 28901/95
EHRM (GK) 16 februari 2000, *Fitt v. the United Kingdom*, Appl. 29777/96
EHRM (GK) 16 februari 2000, *Jasper v. the United Kingdom*, Appl. 27052/95
EHRM (GK) 6 april 2000, *Labita v. Italy*, Appl. 26772/95
EHRM (GK) 6 april 2000, *Thlimmenos v. Greece*, Appl. 34369/97
EHRM 4 mei 2000, *Rotaru v. Romania*, Appl. 28341/95
EHRM 22 juni 2000, *Coëme v. Belgium*, Appl. 32492/96
EHRM 4 juli 2000, *Kok v. the Netherlands*, Appl. 43149/98
EHRM 19 september 2000, *Zana v. Turkey*, Appl. 29851/96
EHRM 13 februari 2001, *Schöps v. Germany*, Appl. 25116/94.
EHRM 20 maart 2001, *Bouchet v. France*, Appl. 33591/96
EHRM 25 september 2001, *P.G and J.H. v. the United Kingdom, Koninkrijk*, Appl. 44787/98
EHRM 16 november 2001, *O'Hara v. United Kingdom*, Appl. 37555/97
EHRM 14 februari 2002, *Visser v. the Netherlands*, Appl. 26668/95
EHRM 29 april 2002, *Pretty v. the United Kingdom*, Appl. 2346/02
EHRM 4 juni 2002, *Landvreugd v. the Netherlands*, Appl. 37331/97
EHRM 4 juni 2002, *Oliveira v. the Netherlands*, Appl. 33129/96
EHRM 2 juli 2002, *S.N. v. Sweden*, Appl. 34209/96
EHRM 8 juni 2003, *Sentges v. the Netherlands*, Appl. 27677/02
EHRM 24 juni 2003, *Dowsett v. the United Kingdom*, Appl. 39482/98
EHRM 17 juli 2003, *Luordo v. Italië*, Appl. 32190/96
EHRM 9 oktober 2003, *Slivenko v. Latvia*, Appl. 48321/99
EHRM 13 november 2003, *Napijalo v. Croatia*, Appl. 66485/01
EHRM 6 juli 2004, *Nagy v. Hungary*, Appl. 6437/02
EHRM 20 april 2004, *G.K v. Poland*, Appl. 38816/97
EHRM 27 april 2004, *Özüpek v. Turkey*, Appl. 60177/00
EHRM 27 juli 2004, *Sidabras and Džiautas v. Lithuania*, Appl. 55480/00
EHRM 14 december 2004, *Fedorov & Fedorova v. Russia*, Appl. 31008/02
EHRM (GK) 27 oktober 2004, *Edwards and Lewis v. the United Kingdom*, Appl. 39647/98
EHRM 25 januari 2005, *Karademirci v. Turkey*, Appl. 37096/97
EHRM 1 februari 2005, *Raichinov v. Bulgaria*, Appl. 47579/99
EHRM 24 februari 2005, *Coorplan-Jenni GmbH and Elvir Hascic v. Austria*, Appl. 10523/02

EHRM 7 april 2005, *Rainys and Gasparavičius v. Lithuania*, Appl. 70665/01
EHRM 24 mei 2005, *Buzescu v. Romania*, Appl. 61302/00
EHRM 13 oktober 2005, *Fedorov & Fedorova v. Russia*, Appl. 31008/02
EHRM 22 november 2005, *Antonenkov v. Ukraine*, Appl. 14183/02
EHRM 22 november 2005, *Gartukayev v. Russia*, Appl. 71933/01
EHRM 22 november 2005, *Taal v. Estonia*, Appl. 13249/02
EHRM 1 december 2005, *Kenar v. Turkey*, Appl. 67215/01
EHRM 6 december 2005, *İletmiş v. Turkey*, Appl. 29871/96
EHRM (GK), 15 december 2005, *Kyprianou v. Cyprus*, Appl. 73797/01
EHRM 14 februari 2006, *Turek v. Slovakia*, Appl. 57986/00
EHRM 28 februari 2006, *Krasniki v. the Czech Republic*, Appl. 51277/99
EHRM 23 maart 2006, *Campagnano v. Italy*, Appl. 77955/01
EHRM 11 april 2006, *Levänen v. Finland*, Appl. 34600/03
EHRM, 29 juni 2006, *Weber and Saravia v. Germany*, Appl. 54934/00
EHRM 5 oktober 2006, *Bolat v. Russia*, Appl. 14139/03
EHRM 5 oktober 2006, *Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia*, Appl. 72881/01
EHRM 7 december 2006, *Ivanov v. Ukraine*, Appl. 15007/02
EHRM 7 december 2006, *Van der Velden v. the Netherlands*, Appl. 29514/05
EHRM 21 december 2006, *Bartik v. Russia*, Appl. 55565/00
EHRM 12 april 2007, *Sever and Aslan v. Turkey*, Appl. 33675/02
EHRM 24 april 2007, *V. v. Finland*, Appl. 40412/98
EHRM 3 mei 2007, *Custers, Deveaux and Turk v. Denmark*, Appl. 11843/03
EHRM 7 juni 2007, *Botmeh and Alami v. the United Kingdom*, Appl. 15187/03
EHRM 12 juli 2007, *Jorgic v. Germany*, Appl. 74613/01
EHRM (GK) 30 augustus 2007, *J.A. Pye (Oxford) Ltd and J.A. Pye (Oxford) Land Ltd t. The United Kingdom*, Appl. 44302/02
EHRM 11 september 2007, *Timinskiy v. Russia*, Appl. 74947/01
EHRM 18 september 2007, *Paeffgen GmbH t. Germany*, Appl. 25379/04
EHRM 15 januari 2008, *Łaskiewicz v. Poland*, Appl. 28481/03
EHRM 27 mei 2008, *Ramzy v. the Netherlands*, Appl. 25424/05
EHRM 8 juli 2008, *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas v. Austria*, Appl. 40825/98
EHRM 10 juli 2008, *Hajibeyli v. Azerbaijan*, Appl. 16528/05
EHRM 9 september 2008, *Pardus v. Poland*, Appl. 13401/03.
EHRM 16 september 2008, *Pay v. the United Kingdom*, Appl. 32792/05

EHRM (GK) 19 september 2008, *Korbely v. Hungary*, Appl. 9174/02
EHRM (GK) 4 december 2008, *S. and Marper v. the United Kingdom*, Appl. 30562/04
EHRM 20 januari 2009, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Appl. 26766/05
EHRM (GK) 21 januari 2009, *Bykov v. Russia*, Appl. 4378/02
EHRM (GK) 10 februari 2009, *Sergey Zolotukhin v. Russia*, Appl. 14939/03
EHRM (GK) 19 februari 2009, *A. v. the United Kingdom*, Appl. 3455/05
EHRM 24 februari 2009, *Długołęcki v. Poland*, Appl. 23806/03
EHRM 31 maart 2009, *Natunen v. Finland*, Appl. Appl. 21022/04
EHRM 25 juni 2009, *Liivik v. Estonia*, Appl. 12157/05
EHRM (GK) 9 juli 2009, *Mooren v. Germany*, Appl. 11364/03
EHRM 29 september 2009, *Dzelili v. Germany*, Appl. 15065/05.
EHRM 24 november 2009, *Friend and Countryside Alliance v. the United Kingdom*, Appl. 16072/06
EHRM 26 november 2009, *Gochev v. Bulgaria*, Appl. 34383/03
EHRM 8 december 2009, *Janatuinen v. Finland*, Appl. 28552/05
EHRM 12 januari 2010, *Gillan and Quinton v. the United Kingdom*, Appl. 4158/05
EHRM 20 januari 2010, *Hogefeld v. Germany*, Appl. 35402/97.
EHRM (GK) 29 maart 2010, *Depalle v. France*, Appl. 34044/02
EHRM 6 april 2010, *Flinkkilä v. Finland*, Appl. 25576/04
EHRM 13 april 2010, *Tehrani v. Turkey*, Appl. 32940/08
EHRM (GK) 17 mei 2010, *Kononov v. Latvia*, Appl. 36376/04
EHRM 18 mei 2010, *Kennedy v. the United Kingdom*, Appl. 26839/05
EHRM 8 juni 2010, *Gül v. Turkey*, Appl. 4870/02
EHRM 6 juli 2010, *Užkauskas v. Lithuania*, Appl. 16965/04
EHRM 6 juli 2010, *Van Anraat v. the Netherlands*, Appl. 65389/09
EHRM 20 juli 2010, *A. v. the Netherlands*, Appl. 4900/06
EHRM 2 september 2010, *Uzun v. Germany*, Appl. 35623/05
EHRM 12 oktober 2010, *Saaristo and Others v. Finland*, Appl. 184/06
EHRM 4 november 2010, *Bannikova v. Russia*, Appl. 18757/06

Commissaris voor de Rechten van de Mens

Council of Europe, *Report by the Commissioner for Human Rights, Mr Thomas Hammarberg, on his visit to The Netherlands, 21-25 September 2008*, Strasbourg, 11 March 2009, CommDH(2009)2.

Hoge Raad

HR 9 maart 1993, *NJ* 1993, 633

HR 20 februari 2007, *LJN* AZ0213 (Samir A.)

HR 2 februari 2010, *LJN* BK5172, *LJN* BK5174, *LJN* BK5175, *LJN* BK5182, *LJN* BK5189, *LJN* BK5193, *LJN* BK5196 (Hofstadgroep)

HR 23 maart 2010, *LJN* BL1711

Gerechtshof 's-Gravenhage

Gerechtshof 's Gravenhage 17 januari 2003, *LJN* AF3039

Gerechtshof 's Gravenhage 21 juni 2004, *LJN* AP2058

Gerechtshof 's-Gravenhage 29 november 2006, *LJN* AZ3631

Gerechtshof 's-Gravenhage 23 januari 2008, *LJN* BC2576, *LJN* BC4129, *LJN* BC4171, *LJN* BC4177, *LJN* BC4178, *LJN* BC4182, *LJN* BC4183 (Hofstadgroep)

Gerechtshof 's-Gravenhage 2 oktober 2008, *LJN* BF5180 (Piranhazaak)

Gerechtshof 's-Gravenhage 2 oktober 2008, *LJN* BF3987, *LJN* BF4814, *LJN* BF5180, *LJN* BF5225

Rechtbank Amsterdam

Rechtbank Amsterdam 26 juli 2005, *LJN* AU0025 (Mohammed B.)

Rechtbank Amsterdam (KG) 1 december 2005, *LJN* AU7314 ("de bekeerde moslima")

Rechtbank Amsterdam (KG) 9 maart 2006, *LJN* AV4173 ("de Hofstadconnectie")

Rb Amsterdam 29 juni 2007, *LJN* BA9586 en BA9602

Rechtbank Middelburg

Rb. Middelburg 25 juli 2000, *NbSr* 2001, 135.

Rechtbank Rotterdam

Rechtbank Rotterdam 18 december 2002, *LJN* AF2141

Rechtbank Rotterdam 31 december 2002, *LJN* AF2579

Rechtbank Rotterdam 10 maart 2006, *LJN* AV5108 (Compilatie van vonnissen in Hofstad-groepzaak)

Rechtbank Rotterdam 1 december 2006, *LJN* AZ3589 (Piranhazaken)

Rechtbank Rotterdam 30 oktober 2007, *LJN* BB7203

9 Lijst van literatuur

M. Aksu, *Straatsburgse kaders voor terrorismebestrijding - EVRM, strafrecht en terrorisme* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2007.

C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, 'Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?', *NJB* 2006, p. 2522-2530.

M. Alink, 'AIVD-informatie als bewijs in het strafproces. Een Straatsburgs perspectief', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeven, *Via Straatsburg* (Liber Amoricum Myer), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004, p. 155-179.

A. Beijer, 'Een nadere kennismaking met de (wet) afgeschermdde getuige', *DD* 2006, 68, p. 959-986.

A.E.M. van den Berg & P.C.M. Heinen, 'Wet Bibob en wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid: te kort door de Straatsburgse bocht?', *Gemeentestem* 2007, 7285, p. 611-621.

J.G. Brouwer, *Van nachtbrakers tot terroristen, over persoonsgericht verstoren* (oratie Groningen), Rijksuniversiteit Groningen, 2006 (>[<](http://irs.ub.rug.nl/ppn/296609080)).

Commissie evaluatie antiterrorismebeleid, *Naar een integrale evaluatie van antiterrorismemaatregelen*, Rapport, mei 2009.

Commissie van Toezicht betreffende de Inlichtingen- en Veiligheidsdiensten, 'Toezichtsrapport inzake het onderzoek van de Commissie van Toezicht naar de Contra Terrorisme Infobox', *CTIVD*, nr. 12, 2007.

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer, 2008.

B. van Gestel e.a., *Signalen van terrorisme en de opsporingspraktijk. De Wet opsporing terroristische misdrijven twee jaar in werking*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC Cahier, 2009.

E. Gritter & E. Sikkema, 'Bestemming onbekend', *DD* 2006, 15, p. 277-302.

D.J. Harris, M. O'Boyle, E.P. Bates & C.M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009.

J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2009.

M.A.D.W. de Jong, 'De burgemeester als misdadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?', in: L.J.J. Rogier, M.A.D.W. de Jong, C.M. Bitter & F.W. Bleichrodt, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (Preadviezen), VAR-reeks 138, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2007, p. 98-105.

P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2003.

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Geheimhouding van informatie. Een niet-terroristische aanslag op de mogelijkheid tot AIVD-medewerking aan de strafrechtspleging?', *NTM (NJCM-Bul.)* 2005, 3, p. 316-326.

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Terrorismebestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen', *NJB* 2005, 8, p. 397-400.

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Het conceptvoorstel voorkoming, opsporing en vervolging van terroristische misdrijven: terrorisme bestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen.', (>>www.njb.nl<< (2005, nr. 8) of >>www.portill.nl/articles/vankempen/Vankempen_1.PDF<<).

G. Knigge, 'Conclusie advocaat-generaal voor HR 30 juni 2009', *LJN* BH3079, *NJ* 2009, 350.

T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, 'Het recht op kennisneming van de processtukken in het Wetsvoorstel tot verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven', *DD*, 2006, 79, p. 1107-1126.

W. Koopstra en P. Ende, *Wettelijk kader terrorisme bestrijding*, Den Haag: Sdu, 2007.

F. Krips, 'Over de bruikbaarheid van AIVD-informatie in strafzaken', in: A. Scheltema & M. Scheltema, *Preadviezen 2009. Toezicht op de financiële markt en de energiemarkt. Staatsgeheimen en het strafproces. Rechtshandhaving door het privaatrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2009, p. 129-191.

P. van der Kruijs, 'Strafvorderlijke terrorismebestrijding', *Strafblad* 2005, 4, p. 444-450.

M. Kuijer, *Van Lawless naar een rechtmatige bestrijding van terrorisme* (oratie VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.

N.J.M. Kwakman, 'Het recht op inzage in de processtukken: EHRM-proof?', *Strafblad* 2006, 4, p. 500-508.

N.J.M. Kwakman, *Terrorismebestrijding*, Deventer: Kluwer, 2010.

W.S. Lind, K. Nightengale, J.F. Schmitt, J.W. Sutton & G.I. Wilson, 'The Changing Face of War: Into the Fourth Generation', *Marine Corps Gazette*, oktober 1989, p. 22-26.

J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden?* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005.

J.P. Loof, 'Terrorismebestrijding, de Raad van Europa en het EVRM', in: Eveline van Dongen e.a. (red.), *Terrorismebestrijding met mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij, 2005, p. 51-74.

D. Marongiu, 'Afgeschermd getuigen; niet aan beginnen!', *AA* 2005, 10, p. 793-801.

E.R. Muller e.a., *Bestuur, recht en veiligheid: bestuursrechterlijke bevoegdheden voor openbare ordehandhaving en terrorismebestrijding*, COT Instituut voor Veiligheids- en Crisis-management/Erasmus Universiteit Rotterdam/Universiteit Utrecht, 2007.

R. van den Munckhof & L. Stöpler, 'NJCM-commentaar terrorismewetgeving. Terrorismebestrijding kan hand in hand gaan met mensenrechten', *NTM (NJCM-Bul.)* 2006, 31, p.618-634.

Nederlandse Orde van Advocaten, *Preadvies van de Adviescommissie Strafrecht inzake het wetsontwerp opsporing en vervolging terroristische misdrijven*, Rotterdam, 17 december 2004.

Nederlandse Orde van Advocaten, *Concept-wetsvoorstel afgeschermd getuigen*, Den Haag, 28 juni 2005.

Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *Advies inzake het wetsvoorstel bijzondere bevoegdheden tot opsporing van terroristische misdrijven*, Den Haag, 24 december 2004.

M. van Noorloos, 'De "Hofstadgroep" voor het Haagse hof: over de vrijheid van radicale uitingen in het publieke debat', *DD* 2008, 34, p. 475-498.

S. Ouchan & L. Talsma, 'Persoonsgericht verstoren: een disproportionele maatregel in de strijd tegen terrorisme', *NTM (NJCM-bul.)* 2007, 7, p. 984-998.

C.J. de Poot e.a., *De opsporing verruimd? De Wet opsporing terroristische misdrijven een jaar in werking*, Den Haag: Ministerie van Justitie, WODC Cahier, 2008.

E. Prakken, 'Regelgeving en rechtspraak: Terrorismen en het strafproces', *Strafblad* 2004, 4, p. 228-236.

Raad voor de Rechtspraak, *Wetsvoorstel afgeschermd getuigen*, Den Haag, 22 november 2004.

Raad voor de Rechtspraak, *Advies wetsvoorstel opsporing van terroristische misdrijven*, Den Haag, 23 december 2004.

Th.A. de Roos, 'Opsporingsbevoegdheden verruimd in strijd tegen terrorisme; De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet', *Advocatenblad* 2006, 4, p. 176-180.

P. Smith, *Strafbare voorbereiding* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2003.

L. Stevens, 'De praktijk van de Nederlandse voorlopige hechtenis vanuit Straatsburgs perspectief: "Klaag niet te snel"', *DD* 2008, 35, p. 499-514.

K. Veegens, 'Het straatsburgse recht op vrijheid en veiligheid en Nederlandse verdenkingscriteria voor "terrorismeverdachten"', *NTM (NJCM-Bul.)* 2006, 31, p. 182-204.

A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, 'Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid', *Tijdschrift Openbaar bestuur* 2009, p. 5-11.